

217. OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESACIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR (ISLAS MARSHALL c. PAKISTÁN)

Fallo de 5 de octubre de 2016

El 5 de octubre de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo sobre las excepciones formuladas por el Pakistán acerca de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda en la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Pakistán)*. La Corte acogió la excepción de competencia y consideró que no podía examinar el fondo de la cuestión.

La composición de la Corte fue la siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Magistrado *ad hoc* Bedjaoui; y Secretario Couvreur.

*

* *

En la parte dispositiva del fallo (párr. 56) se establece lo siguiente:

“[...]”

LA CORTE,

1) Por 9 votos contra 7,

Acoge la excepción de competencia formulada por el Pakistán basada en la inexistencia de controversia entre las partes;

A FAVOR: *Presidente* Abraham; *Vicepresidente* Yusuf; *Magistrados* Owada, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari y Gevorgian;

EN CONTRA: *Magistrados* Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Sebutinde, Robinson y Crawford; *Magistrado ad hoc* Bedjaoui;

2) Por 10 votos contra 6,

Estima que no puede examinar el fondo de la cuestión.

A FAVOR: *Presidente* Abraham; *Vicepresidente* Yusuf; *Magistrados* Owada, Tomka, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari y Gevorgian;

EN CONTRA: *Magistrados* Bennouna, Cançado Trindade, Sebutinde, Robinson y Crawford; *Magistrado ad hoc* Bedjaoui.

*

* *

El Presidente Abraham y el Vicepresidente Yusuf adjuntaron declaraciones al fallo de la Corte; los Magistrados Owada y Tomka adjuntaron opiniones separadas; los Magistrados Bennouna y Cançado Trindade adjuntaron opiniones disidentes; los Magistrados Xue, Donoghue y Gaja adjuntaron declaraciones; los Magistrados Sebutinde y Bhandari adjuntaron opiniones separadas; los Magistrados Robinson y Crawford adjuntaron opiniones disidentes; y el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui adjuntó una opinión disidente.

*

* *

Antecedentes procesales (párrs. 1 a 13)

La Corte recuerda que, el 24 de abril de 2014, la República de las Islas Marshall (en lo sucesivo, las “Islas Marshall” o la “parte demandante”) interpuso una demanda contra la República Islámica del Pakistán (en lo sucesivo, el “Pakistán” o la “parte demandada”) en la que alegaba que el Pakistán había incumplido sus obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear. Las Islas Marshall pretenden fundamentar la competencia de la Corte en las declaraciones formuladas por las partes con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto.

La Corte recuerda asimismo que, el 9 de julio de 2014, el Pakistán señaló que, en su opinión, la Corte carecía de competencia para dirimir la presunta controversia y que la demanda era inadmisibile. Mediante providencia de 10 de julio de 2014, el Presidente de la Corte dictaminó, de conformidad con el artículo 79, párrafo 2, del Reglamento de esta, que, dadas las circunstancias del caso, era necesario resolver primero las cuestiones relativas a la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda y que, por consiguiente, dichas cuestiones debían dirimirse por separado antes de examinar el fondo del asunto; a tal efecto, el Presidente decidió que las alegaciones escritas se refiriesen en primer lugar a las cuestiones mencionadas. Las partes presentaron tales alegaciones dentro de los plazos establecidos por el Presidente. En una carta de fecha 2 de marzo de 2016, el

Pakistán informó a la Corte de que no participaría en el procedimiento oral sobre la competencia y la admisibilidad. El martes 8 de marzo de 2016 se celebró una audiencia pública en relación con las cuestiones de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, en la que la Corte escuchó las alegaciones orales de las Islas Marshall.

I. INTRODUCCIÓN (PÁRRS. 14 A 24)

A. Antecedentes históricos (párrs. 14 a 20)

La Corte expone brevemente los antecedentes históricos de la causa, en particular con respecto a las actividades de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear.

B. Procesos incoados ante la Corte (párrs. 21 a 24)

La Corte señala los demás procesos incoados por las Islas Marshall de manera simultánea a la presente causa. A continuación, expone a grandes rasgos las excepciones de competencia y admisibilidad planteadas por el Pakistán y anuncia que, en primer lugar, examinará la excepción según la cual las Islas Marshall no han logrado demostrar que, en el momento de la interposición de la demanda, existiese una controversia jurídica entre las partes.

II. EXCEPCIÓN BASADA EN LA INEXISTENCIA DE CONTROVERSIA (PÁRRS. 25 A 55)

Tras exponer brevemente los argumentos de las partes, la Corte recuerda el derecho aplicable a esta materia y explica que la existencia de controversia entre las partes es una condición para poder determinar su competencia. Para que exista controversia, debe demostrarse que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra; ambas partes deben mantener opiniones claramente antagónicas en relación con el cumplimiento o incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales. La determinación por la Corte de la existencia de controversia es una cuestión de fondo y no una cuestión de forma o procedimiento. No se requieren negociaciones previas cuando la Corte interviene sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto, a menos que alguna de las declaraciones pertinentes así lo establezca. Además, si bien una protesta diplomática oficial puede constituir un paso importante para señalar la reclamación de una de las partes a la atención de la otra, dicha protesta oficial no es una condición necesaria para que exista controversia. Del mismo modo, para que la Corte pueda conocer de un asunto tampoco es necesario notificar la intención de interponer una demanda.

A continuación, la Corte subraya que le corresponde determinar objetivamente la existencia de controversia sobre la base de un examen de los hechos. A tal efecto, la Corte tiene en cuenta, en particular, todo tipo de declaraciones o documentos intercambiados por las partes, así como las conversaciones llevadas a cabo en contextos multilaterales. En ese proceso, presta especial atención a

la autoría de la declaración o el documento, su destinatario previsto o real y su contenido. La conducta de las partes puede también resultar relevante, en especial cuando no hayan tenido lugar conversaciones diplomáticas. En concreto, la Corte ha sostenido con anterioridad que la existencia de controversia puede deducirse del hecho de que un Estado no responda a una reclamación en circunstancias que exijan respuesta. Las pruebas deben demostrar que las partes “mantienen opiniones claramente antagónicas” con respecto a la cuestión planteada ante la Corte. De acuerdo con lo señalado en decisiones anteriores de la Corte centradas en analizar la existencia de controversia, esta existe cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una “oposición manifiesta” a su punto de vista.

La Corte explica además que, en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte. La conducta ulterior a la presentación de la demanda (o la propia demanda) puede revestir importancia en relación con diversos fines, en particular para confirmar la existencia de controversia, aclarar su objeto o determinar si se ha resuelto en el momento en que la Corte adopte su decisión. No obstante, ni la demanda, ni la conducta ulterior de las partes, ni las declaraciones formuladas por estas durante el procedimiento judicial pueden facultar a la Corte para estimar que la condición de la existencia de controversia se ha cumplido en el propio procedimiento. Si la Corte tuviese competencia para dirimir las controversias derivadas del intercambio de información en el marco del proceso incoado ante ella, se estaría privando a la parte demandada de la posibilidad de responder a la reclamación presentada contra su propia conducta con anterioridad al inicio del proceso. Además, se subvertiría la norma por la cual la controversia debe existir, en principio, antes de la interposición de la demanda.

* * *

A continuación, la Corte se centra en la causa en cuestión, señalando en primer lugar que las Islas Marshall, en virtud del sufrimiento padecido por su pueblo al haber sido el país escenario de la ejecución de amplios programas de ensayos nucleares, tienen especiales motivos para preocuparse por el desarme nuclear. Sin embargo, ese hecho no obvia la necesidad de determinar si se cumplen las condiciones que otorgarían competencia a la Corte sobre el asunto. Si bien corresponde a la Corte determinar la cuestión jurídica de su competencia, sigue siendo la parte demandante quien ha de demostrar los hechos en los que se sustenta su alegación de que existe controversia.

La Corte observa que el Pakistán se apoya en el hecho de que las Islas Marshall no entablaron negociaciones ni notificaron a dicho país la reivindicación objeto de la demanda para fundamentar su aseveración de que no existe ninguna controversia entre las partes. Sin embargo, la Corte recuerda que ha rechazado el argumento de que son necesarias negociaciones previas o notificaciones cuando

se recurre a ella sobre la base de las declaraciones formuladas con arreglo al Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, a menos que alguna de esas declaraciones así lo establezca. La jurisprudencia de la Corte considera que la existencia de controversia es una cuestión de competencia que gira en torno a si existe, en esencia, alguna controversia, y no en torno a la forma que esta adopte o su correspondiente notificación a la parte demandada.

A continuación, la Corte examina los argumentos utilizados por las Islas Marshall para respaldar su aseveración de que existía una controversia con el Pakistán.

En primer lugar, la Corte señala que las Islas Marshall hacen referencia a dos declaraciones formuladas en foros multilaterales antes de la fecha de interposición de la demanda que, en su opinión, bastan para establecer la existencia de una controversia. Dicho país se basa en la declaración formulada en la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el desarme nuclear, el 26 de septiembre de 2013, por su Ministro de Relaciones Exteriores, quien instaba “a todos los Estados poseedores de armas nucleares a intensificar los esfuerzos encaminados a asumir sus responsabilidades para avanzar hacia el logro de un desarme efectivo y seguro”. Sin embargo, la Corte considera que esta declaración se formula en términos exhortativos y no puede entenderse como una acusación al Pakistán (o a cualquier otra Potencia nuclear) de incumplir alguna de sus obligaciones jurídicas. En dicha declaración no se menciona la obligación de negociar, ni tampoco que los Estados poseedores de armas nucleares estén incumpliendo sus obligaciones a este respecto. Se sugiere que tales Estados están emprendiendo “esfuerzos” encaminados a asumir sus responsabilidades y se les pide que intensifiquen tales esfuerzos, más que deplorarse su inacción. La Corte añade que una declaración puede dar lugar a controversia únicamente si se refiere al objeto de una reivindicación con la claridad suficiente como para que el Estado contra el que se formula pueda identificar si existe, o puede existir, alguna controversia sobre esa materia. La declaración de 2013 esgrimida como argumento por las Islas Marshall no cumple estos requisitos. La Corte observa que la declaración formulada por las Islas Marshall en la Conferencia de Nayarit el 13 de febrero de 2014 va más allá de lo señalado en la declaración de 2013, en la medida en que incluye una frase en la que se afirma que “los Estados poseedores de arsenales nucleares están incumpliendo sus obligaciones jurídicas” dimanantes del artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) y del derecho internacional consuetudinario. El Pakistán estuvo presente en la Conferencia de Nayarit. Sin embargo, el tema de esta Conferencia no fue concretamente la cuestión de las negociaciones orientadas al desarme nuclear, sino la cuestión más amplia de la repercusión humanitaria de las armas nucleares, y, si bien esta declaración alberga una crítica general de la conducta de todos los Estados poseedores de armas nucleares, no se alude específicamente a la conducta del Pakistán que dio lugar a la presunta infracción. En opinión de la Corte, dicha alusión específica habría resultado especialmente necesaria si, como argumentan las Islas Marshall, la declaración de Nayarit hubiera estado orientada a invocar la responsabilidad internacional de la parte

demandada en razón de un comportamiento invariable a lo largo de numerosos años. Habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló, esa declaración no exigía una respuesta concreta por parte del Pakistán. Por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas. La declaración de Nayarit no basta para generar una controversia específica entre las Islas Marshall y el Pakistán con respecto a la existencia o el alcance de las presuntas obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario relativas tanto a la celebración de buena fe y la conclusión de negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz, como al cese de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana, o bien una controversia con respecto al cumplimiento de dichas obligaciones por parte del Pakistán. La Corte concluye que en ninguna circunstancia puede afirmarse sobre la base de tales declaraciones, consideradas tanto de forma individual como en su conjunto, que el Pakistán supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones.

En segundo lugar, la Corte sopesa el argumento de las Islas Marshall de que la propia interposición de la demanda y las declaraciones formuladas por ambas partes en el transcurso del proceso bastan para establecer la existencia de una controversia. La Corte considera que la jurisprudencia invocada por las Islas Marshall no respalda esta aseveración. En la causa relativa a *Determinados bienes*, la existencia de controversia se puso claramente de manifiesto a través de las conversaciones bilaterales mantenidas por las partes con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda (*Determinados bienes (Liechtenstein c. Alemania)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2005*, pág. 19, párr. 25). La referencia a los materiales posteriores en la causa *Camerún c. Nigeria* guardaba relación con el alcance de la controversia, no con su existencia (*Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 317, párr. 93). Además, si bien es cierto que la Corte, en su fallo en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, no hizo referencia explícita a ninguna prueba anterior a la interposición de la demanda que demostrase la existencia de controversia, en el contexto particular de aquel caso, con un conflicto armado en curso, la conducta previa de las partes era suficiente para determinar la existencia de controversia (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 614, párrs. 27 a 29). Por el contrario, en dicha causa la Corte no se centró en la fecha de origen de la controversia, sino en su objeto, en si entraba dentro del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria correspondiente y en si “persistía” en la fecha de la decisión de la Corte. La Corte reitera que, si bien las declaraciones o reivindicaciones formuladas en la demanda o incluso con posterioridad a su interposición pueden ser importantes para diversos fines, especialmente para aclarar el alcance de la controversia planteada, no pueden generar una controversia *de novo* que no existiera con anterioridad.

En tercer lugar, la Corte analiza el argumento de las Islas Marshall de que la conducta del Pakistán al mantener y modernizar su arsenal nuclear y no cooperar con determinadas iniciativas diplomáticas demuestra la existencia de controversia entre las partes. La Corte recuerda que la determinación de la existencia de controversia en el marco de un contencioso concreto depende de que se demuestre la existencia de opiniones antagónicas. En este sentido, la conducta de la parte demandada puede contribuir a que la Corte concluya que las partes mantienen puntos de vista opuestos. Sin embargo, como la Corte ha concluido anteriormente, en la presente causa ninguna de las declaraciones formuladas en un contexto multilateral por las Islas Marshall se refería específicamente a la conducta del Pakistán. Sobre la base de tales declaraciones, no se puede afirmar que el Pakistán supiese o no pudiese ignorar que las Islas Marshall estaban acusando a dicho país de incumplir sus obligaciones. En este contexto, la conducta del Pakistán no proporciona base alguna para constatar la existencia de controversia entre los dos Estados ante la Corte.

* * *

Por consiguiente, la Corte concluye que debe acogerse la primera excepción planteada por el Pakistán, de lo que se desprende que la Corte carece de competencia en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto. Así pues, no es necesario que la Corte aborde el resto de las excepciones formuladas por el Pakistán. La existencia y el alcance de las obligaciones dimanantes del derecho internacional consuetudinario en el ámbito del desarme nuclear y el cumplimiento de dichas obligaciones por parte del Pakistán, son cuestiones que atañen al fondo del asunto. No obstante, la Corte ha concluido que no existía ninguna controversia entre las partes antes de la interposición de la demanda, por lo que carece de competencia para examinar tales cuestiones.

*

* * *

Declaración del Presidente Abraham

En su declaración, el Presidente Abraham explica que votó a favor del fallo porque considera que la decisión de la Corte es plenamente coherente con su jurisprudencia reciente relativa a la exigencia de que exista “controversia” entre las partes, tal como se ha establecido en una serie de fallos dictados durante los últimos cinco años, en particular el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, el fallo de 20 de julio de 2012 en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* y el fallo de 17 de marzo de 2016 en la causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*. Según explica, de estos fallos se

desprende que, a fin de determinar si se cumplen las condiciones relacionadas con la existencia de controversia, la fecha de referencia es la fecha de incoación del proceso, y que la Corte únicamente puede determinar que tiene competencia para conocer de una causa si cada una de las partes sabía o debía haber sabido en aquella fecha que la opinión de la otra parte era opuesta a la suya.

El Presidente Abraham explica que, si bien él mismo expresó sus reservas en el momento en que la Corte estableció esta jurisprudencia, se considera no obstante obligado por dicha jurisprudencia y, por consiguiente, votó de conformidad con ella.

Declaración del Vicepresidente Yusuf

1. Si bien está de acuerdo con la conclusión de la Corte en la causa *Islas Marshall c. Pakistán*, el Vicepresidente Yusuf expone en su declaración su discrepancia con dos aspectos del fallo. En primer lugar, rechaza el criterio relativo al “conocimiento” como condición para determinar la existencia de controversia. En segundo lugar, critica la aplicación de un enfoque único a las tres causas distintas sometidas ante la Corte por las partes (*Islas Marshall c. India*, *Islas Marshall c. Reino Unido* e *Islas Marshall c. Pakistán*).

2. Como se reconoce en el fallo, “[una] controversia es un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (fallo núm. 2 de la causa *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924, *P.C.I.J. Series A*, núm. 2, pág. 11). Es tarea de la Corte determinar objetivamente la existencia de controversia (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 74), lo que constituye una cuestión “de fondo, no de forma” (*Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares), *I.C.J. Reports 2011 (I)*, párr. 30).

3. En el presente fallo, la Corte afirma que “existe controversia cuando queda demostrado, sobre la base de las pruebas aportadas, que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista” (párr. 38). Los dos fallos que se invocan como fundamento de esta afirmación, a saber, los fallos sobre las excepciones preliminares en las causas relativas a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* y la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, no respaldan el uso del criterio del “conocimiento” expuesto por la Corte. En ambas causas, la Corte se limitó a señalar que, de hecho, el Estado demandado conocía la postura de la parte demandante; en ningún momento indicó que el “conocimiento” constituyera un requisito para la existencia de controversia ni tampoco quedó implícita esta observación en la argumentación de la Corte.

4. El Vicepresidente Yusuf señala que la introducción del criterio relativo al “conocimiento” contraviene la jurisprudencia establecida por la Corte, según la cual la existencia de controversia ha de determinarse objetivamente. Además, sostiene que ese enfoque socava también los principios de economía judicial y buena administración de justicia, dado que invita a la interposición de segundas demandas en relación con la misma controversia.

5. La Corte podría haber llegado a las mismas conclusiones alcanzadas en el presente fallo aplicando los criterios utilizados tradicionalmente para determinar la existencia de controversia. Basándose en las pruebas presentadas en el marco de esta causa, la Corte podría haber concluido que las partes no sostenían opiniones manifiestamente antagónicas antes de la interposición de la demanda por la República de las Islas Marshall. No era necesario introducir un nuevo criterio relativo al “conocimiento” para justificar tales conclusiones.

6. Las conclusiones del fallo relativas a la inexistencia de controversia entre la República de las Islas Marshall y el Pakistán deberían haberse basado en un análisis de los hechos presentados ante la Corte en relación con la postura de las partes acerca del objeto de la presunta controversia, haciendo referencia en particular a la articulación de dichas posturas en los foros multilaterales.

7. En concreto, debería haberse hecho referencia a lo siguiente: *a)* las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se exhorta a los Estados a que mantengan negociaciones multilaterales sobre el desarme nuclear y las votaciones de la República de las Islas Marshall y el Pakistán sobre tales resoluciones; y *b)* las declaraciones formuladas por las partes acerca del objeto de la presunta controversia en los foros multilaterales.

8. En lo que respecta a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pakistán ha votado sistemáticamente a favor de aquellas resoluciones de dicho órgano en las que se instaba a los Estados a negociar un tratado de desarme nuclear completo. Más aún, el Pakistán, en su calidad de miembro del Movimiento de los Países No Alineados, ha suscrito sistemáticamente las declaraciones de este grupo de Estados en las que se expresaba la voluntad de participar en negociaciones multilaterales encaminadas al logro del desarme nuclear.

9. Además de su historial de votaciones a favor de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del Movimiento de los Países No Alineados, el respaldo sistemático del Pakistán en pro del comienzo y la conclusión de negociaciones conducentes al desarme nuclear queda corroborado por las declaraciones formuladas por su Jefe de Estado y sus ministros en foros multilaterales o documentos oficiales.

10. Por ello, el Vicepresidente Yusuf considera que no hay constancia de que el Pakistán y la República de las Islas Marshall mantuviesen opiniones manifiestamente antagónicas, con anterioridad

a la interposición de la demanda por parte de este último país, acerca de la obligación de celebrar y concluir negociaciones sobre el desarme nuclear, suponiendo que dicha obligación esté contemplada en el derecho internacional consuetudinario.

11. Por el contrario, sí existe constancia de que ambos Estados han defendido en diversos foros multilaterales —entre ellos, la Conferencia de Nayarit, pero sobre todo en la Asamblea General de las Naciones Unidas (al menos desde 2013 en el caso de la República de las Islas Marshall)— la necesidad de que todos los Estados, incluidos los Estados poseedores de armas nucleares, emprendan de buena fe y concluyan negociaciones sobre el desarme nuclear. Más que a una oposición manifiesta o un conflicto de opiniones jurídicas sobre el objeto de la presunta controversia, las pruebas parecen apuntar a una convergencia de opiniones entre las partes acerca de la negociación y concertación de una convención general sobre el desarme nuclear.

Opinión separada del Magistrado Owada

El Magistrado Owada reconoce que la historia de las Islas Marshall ha dado lugar a motivos de especial preocupación sobre el desarme nuclear y, en concreto, sobre la obligación contraída por los Estados poseedores de armas nucleares en virtud del artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (en adelante, “TNP”). Sin embargo, las pruebas deben demostrar la existencia de una controversia jurídica concreta que otorgue competencia a la Corte para pronunciarse al respecto. Por esta razón, el Magistrado Owada, pese a estar de acuerdo con la argumentación de la Corte, ha adjuntado una opinión separada a fin de aclarar dicha argumentación con respecto a tres cuestiones en este contexto jurídico que, no obstante, resulta delicado desde el punto de vista político.

La primera cuestión se refiere a la norma jurídica aplicada por la Corte para determinar la existencia de controversia en el momento de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall. El Magistrado Owada recuerda que, a efectos de establecer la existencia de controversia, se debe demostrar que la reivindicación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Es importante reconocer que este requisito no constituye una mera formalidad, sino un aspecto fundamental en la medida en que se trata de una *condición previa indispensable* para que la parte demandante pueda acudir a la Corte. Por este motivo, la inexistencia de una presunta controversia en el momento de interponerse la demanda no constituye una deficiencia técnica de procedimiento que pueda subsanarse mediante un acto posterior, como ocurrió en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*. En este contexto, es preciso diferenciar una controversia jurídica de una simple divergencia de opiniones. Este principio se refleja en la jurisprudencia de la Corte, si bien esta ha examinado la cuestión en diversas circunstancias de hecho y de derecho y, al hacerlo, ha evaluado una amplia gama de factores diferentes. Podría resultar tentador concluir que el hecho de que la Corte

se base en tales factores demuestra que existe un determinado umbral para establecer la existencia de controversia, pero, en opinión del Magistrado Owada, la jurisprudencia de la Corte no es tan lineal. Estos fallos, por el contrario, representan supuestos concretos en los que las pruebas se declararon suficientes o insuficientes. Este punto debe tenerse en cuenta al valorar el verdadero significado del concepto de conocimiento por la parte demandada, tal y como se establece en el presente fallo. Si bien el fallo introduce este elemento de “conocimiento” que parece surgir de la nada, la realidad es que dicho elemento constituye un denominador común presente en toda la jurisprudencia. El conocimiento por la parte demandada evidencia la transformación de un simple desacuerdo en una verdadera controversia jurídica y, por lo tanto, constituye un requisito mínimo fundamental común a todas las causas.

La segunda cuestión hace referencia al momento en que debe demostrarse que existe controversia. Las Islas Marshall han alegado que los fallos de la Corte relativos a varias causas anteriores respaldan su argumento de que las declaraciones formuladas *durante* el proceso pueden utilizarse como prueba de la existencia de controversia. Aunque la Corte ha explicado adecuadamente el significado de estos precedentes en el fallo, el Magistrado Owada desea ofrecer una explicación más pormenorizada sobre la correcta interpretación de la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*. La singularidad de las circunstancias y la combinación de cuestiones de hecho y de derecho vinculadas con el fondo de aquella causa conllevaron que el asunto sobre el que debía pronunciarse la Corte fuese muy diferente al planteado en el proceso actual y, como tal, el hecho de que la Corte recurriese a las declaraciones formuladas durante las actuaciones llevadas a cabo en la causa mencionada no debería considerarse una incitación a apartarse de la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre el tema.

Por último, el Magistrado Owada desea explicar con más detalle el análisis de las pruebas realizado por la Corte en el presente fallo. Cabría pensar que la Corte ha adoptado un enfoque fragmentario al rechazar individualmente cada tipo de prueba, cuando las Islas Marshall sostenían que las pruebas debían analizarse en conjunto. En opinión del Magistrado Owada, la Corte ha examinado todas las pruebas y ha determinado correctamente que estas, *aun consideradas en conjunto*, no bastan para demostrar la existencia de controversia.

Dicho esto, el Magistrado Owada añade que podría haberse generado una situación jurídica nueva a raíz de las presentes actuaciones ante la Corte. En la medida en que el presente fallo refleja la postura de la Corte con respecto a la situación jurídica existente en el momento de interponerse la demanda en cuestión, es posible que una nueva demanda no se halle sometida a la misma excepción preliminar de competencia. La viabilidad de una nueva demanda de este tipo seguiría constituyendo

una cuestión abierta y su recorrido dependería del examen que llevase a cabo la Corte de *todas* las excepciones de competencia y admisibilidad.

Opinión separada del Magistrado Tomka

Al Magistrado Tomka no le convence el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia en la presente causa y considera que este no viene avalado por la jurisprudencia anterior de dicho órgano. Por ello, lamentablemente, no puede respaldar las conclusiones de la Corte en este sentido.

El Magistrado Tomka comienza exponiendo brevemente las alegaciones formuladas por las Islas Marshall en el marco de la presente causa en relación con el presunto incumplimiento por el Pakistán de las obligaciones en materia de desarme nuclear que supuestamente se derivan del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, observa que el Pakistán ha negado el fundamento de tales reivindicaciones.

El Magistrado Tomka recuerda que las Islas Marshall han invocado las declaraciones formuladas por las partes con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, como base para determinar la competencia sobre esta causa. También observa que, en el análisis de las cuestiones de competencia, convendría proceder con cautela al recurrir a diferentes pronunciamientos de la Corte que hubieran podido dictarse en el marco de declaraciones particulares en virtud del Artículo 36, párrafo 2, o de cláusulas compromisorias que estableciesen condiciones previas para acudir a dicho órgano. Además, señala que, en el presente fallo, la Corte reitera su opinión expresada con anterioridad de que no es necesario que un Estado negocie o notifique su pretensión antes de incoar un proceso ante dicho órgano, a menos que tal condición esté contemplada en el correspondiente fundamento de la competencia.

El Magistrado Tomka observa que, si bien la Corte ha afirmado con frecuencia que la existencia de controversia es condición para determinar la competencia de ese órgano, en su opinión resulta más adecuado hablar de condición para el ejercicio de la competencia de la Corte. A este respecto, señala que, en relación con los Estados que han formulado declaraciones con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto, la competencia de la Corte queda establecida desde el momento en que la declaración se deposita ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Así pues, en opinión del Magistrado Tomka, no es el surgimiento de una controversia lo que determina o formaliza la competencia de la Corte. Más bien, el surgimiento de una controversia constituye una condición necesaria para que la Corte pueda ejercer su competencia. La desaparición de la controversia durante el proceso no despoja a la Corte de su competencia, si bien en tal situación la Corte no dictará ningún fallo sobre el fondo de la cuestión, ya que no existe nada sobre lo que pronunciarse.

El Magistrado Tomka señala que la función de la Corte, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, “es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” (Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto). Asimismo, observa que, para poder desempeñar esa función, la controversia todavía debe existir cuando la Corte se pronuncie sobre el fondo de la cuestión. No obstante, aunque la formulación del Artículo 38, párrafo 1, implique que la controversia ya exista en el momento de incoarse el proceso ante la Corte, la oración relativa a la función de esta no pretende establecer una condición para la competencia de la Corte y no debería ser determinante a ese respecto.

El Magistrado Tomka resalta que la jurisprudencia de la Corte exige que exista *en principio* una controversia en el momento de interponerse la demanda. También considera que, si bien la Corte reitera esta norma general en el presente fallo, en esta ocasión ha aplicado un requisito excesivamente estricto al afirmar que la controversia *debía* haber existido antes de la interposición de la demanda por parte de las Islas Marshall.

El Magistrado Tomka señala a grandes rasgos que, en algunos casos, las circunstancias dictarán la obligatoriedad de que la controversia exista en la fecha de la interposición de la demanda. Esto puede darse a raíz del vencimiento posterior de la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte de alguno de los Estados, como ocurrió en la reciente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)* (excepciones preliminares, fallo de 17 de marzo de 2016). También puede deberse a que, al igual que ocurría en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)* (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2011 (I)*, pág. 70), la cláusula compromisoria en cuestión exija la celebración de negociaciones previas a la interposición de la demanda, de lo que lógicamente se desprende la necesidad de que haya surgido una controversia relacionada con el objeto de la correspondiente Convención antes de incoarse el proceso. El Magistrado Tomka no puede estar de acuerdo con quienes consideran que la causa *Georgia c. Federación de Rusia* marca el comienzo de la aplicación de un enfoque más formalista en la jurisprudencia de la Corte respecto de la existencia de controversia.

El Magistrado Tomka observa que, cuando no se han dado circunstancias que exigiesen la existencia de controversia en una fecha concreta, la Corte ha sido flexible al no limitarse a tener en cuenta únicamente el período previo a la interposición de la demanda para determinar la existencia de controversia entre las partes. En este sentido, destaca la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595).

Además, el Magistrado Tomka observa que tanto la Corte como su órgano antecesor siempre han mostrado un grado razonable de flexibilidad, evitando caer en un formalismo excesivo, en lo que respecta a la determinación del momento en que se habían de cumplir los requisitos relativos a la competencia. Entre otras causas, el Magistrado analiza las siguientes: *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca* (competencia, fallo núm. 6, 1925, *P.C.I.J., series A*, núm. 6); *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (fallo núm. 2, 1924, *P.C.I.J., series A*, núm. 2); *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, pág. 595); y *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 412). En esta última causa, la Corte formuló, entre otras, la siguiente observación:

“El elemento importante radica en que, como muy tarde en la fecha en que la Corte adopte una decisión sobre su competencia, la parte demandante debe tener derecho, si así lo desea, a incoar un proceso nuevo en el que el requisito que inicialmente no se cumplía pueda satisfacerse finalmente. En dicha situación, no obra en favor de la buena administración de justicia obligar a la parte demandante a reiniciar el proceso desde el principio —o a incoar un nuevo proceso— y es preferible, salvo en circunstancias especiales, concluir que el requisito no se ha satisfecho desde tal momento en adelante” (*ibid.*, pág. 441, párr. 85).

El Magistrado Tomka considera que no hay ninguna razón de peso por la que este principio no pueda aplicarse a la existencia de controversia. Tampoco puede estar de acuerdo con la opinión según la cual el fallo en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* (fallo, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 422) supone apartarse de la jurisprudencia de la Corte a este respecto.

Si bien el Magistrado Tomka admite que, durante algún tiempo, las Islas Marshall no adoptaron una postura especialmente activa en materia de desarme nuclear en los foros multilaterales, también observa que, al menos desde 2013, dicho país ha expresado su descontento con el cumplimiento (o más bien el incumplimiento) por las Potencias nucleares, entre ellas el Pakistán, de las obligaciones relativas al desarme nuclear presuntamente derivadas del derecho internacional consuetudinario, entre otros marcos jurídicos. Dicho Magistrado no considera que un Estado esté obligado, en virtud del derecho internacional, a notificar a otro su intención de incoar un proceso ante la Corte, sino que opina que dicho Estado puede formular su reivindicación en la demanda presentada ante aquella. Asimismo, observa que, en el marco del actual sistema de cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte, exigir a un Estado que efectúe una notificación previa puede entrañar el riesgo de que la Corte se vea despojada de su competencia antes de recibir la demanda.

El Magistrado Tomka concluye, en este sentido, que el proceso incoado ante la Corte en la presente causa ha dejado clara la existencia de una controversia entre las Islas Marshall y el Pakistán acerca del cumplimiento por este último país de las obligaciones relativas al desarme nuclear que presuntamente se derivan del derecho internacional consuetudinario. En su opinión, la conclusión de que la Corte carece de competencia debido a la inexistencia de controversia no está justificada en la presente causa.

No obstante, el Magistrado Tomka estima que la naturaleza de cualquier obligación que pueda existir en el ámbito del desarme nuclear hace inadmisibles las demandas de las Islas Marshall. El Magistrado examina el artículo VI del TNP —redactado en términos similares a los de las obligaciones que, según las Islas Marshall, existen en el derecho internacional consuetudinario en el marco de la presente causa—, así como la forma en que la Corte describió las obligaciones derivadas de aquel en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares (I.C.J. Reports 1996 (I),* pág. 226). Basándose en la bibliografía sobre esta materia, el Magistrado observa que el desarme requiere la cooperación y el cumplimiento de obligaciones por parte de todos los Estados y explica a grandes rasgos que el desarme solo podrá lograrse de forma realista manteniendo el equilibrio entre los intereses de seguridad de los Estados afectados, en particular los de todas las Potencias nucleares y los del resto de los países poseedores de una capacidad militar considerable. El Magistrado Tomka considera que la investigación del cumplimiento por parte de alguna de las Potencias nucleares de sus obligaciones en materia de desarme nuclear, incluida cualquier obligación de negociar de buena fe, invita a analizar la postura adoptada por el resto de dichas Potencias en relación con esas mismas obligaciones, que son o pueden ser vinculantes para ellas. Asimismo, observa que, solo entendiendo las posturas asumidas por otros Estados, la Corte puede tener la seguridad de pisar terreno firme al evaluar la conducta de cualquier Estado aislado, que forzosamente se ve influida por las posturas del resto, y al valorar si ese Estado está dispuesto a alcanzar el objetivo del desarme nuclear mediante negociaciones de buena fe. El Magistrado Tomka destaca que no se trata de determinar la responsabilidad de esos otros Estados como condición previa para determinar la responsabilidad de la parte demandada de forma que se aplique el denominado “principio del *Oro amonedado*”. A su juicio, se trata más bien de valorar si es posible que la Corte, en este contexto, examine la conducta de un solo Estado sin tener en cuenta ni entender las posturas adoptadas por los demás Estados con los que el primero (el demandado, en la causa que nos ocupa) tendría que haber negociado y acordado las medidas e iniciativas de aplicación necesarias por las partes implicadas para lograr el objetivo general del desarme nuclear.

El Magistrado Tomka concluye que las cuestiones planteadas en el marco del presente proceso no son cuestiones de carácter bilateral entre las Islas Marshall y el Pakistán y está convencido de que la Corte no puede emprender un análisis eficaz de la conducta del Pakistán si otros Estados no comparecen ante ella para explicar sus respectivas posturas y actuaciones. La presente causa constituye un ejemplo, en su opinión, de los límites de la función de la Corte, centrada en dirimir controversias bilaterales. Si se hubiese dotado a la Corte de jurisdicción obligatoria universal, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas habrían quedado sometidos a dicha jurisdicción. Entonces no habrían existido obstáculos para que la Corte ejerciese plenamente su competencia y contribuyese con ello al logro de los propósitos y objetivos de la Organización.

Con sincero y profundo pesar, el Magistrado Tomka concluye que la ausencia de otras Potencias nucleares en el proceso impide a la Corte analizar las reivindicaciones de las Islas Marshall en el debido contexto multilateral. Por consiguiente, estima que la demanda es inadmisibles y que la Corte no puede examinar el fondo de la cuestión.

Opinión disidente del Magistrado Bennouna

En las tres causas incoadas por las Islas Marshall con respecto a la obligación de negociar derivada del artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1968 y del derecho internacional consuetudinario, la Corte ha declarado que carece de competencia al no existir controversia entre las partes. Al proceder de ese modo, la Corte ha optado por un ejercicio de puro formalismo frente al realismo y la flexibilidad reflejados en su reiterada jurisprudencia previa. Así pues, aunque la existencia de controversia se había venido determinando hasta ahora de manera objetiva, la Corte ha introducido un nuevo elemento subjetivo en sus tres fallos. Al detener el tiempo del derecho y el análisis en la fecha de interposición de la demanda de las Islas Marshall y exigir que la parte demandada supiese o no pudiese “ignorar que la parte demandante había expresado una ‘oposición manifiesta’ a su punto de vista”, la Corte ha hecho una exhibición de excesivo formalismo en detrimento de la aplicación de un enfoque flexible favorable a la buena administración de justicia.

Opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión disidente (compuesta por 20 apartados) en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Pakistán)*, el Magistrado Cançado Trindade expone los fundamentos de su propia postura discrepante en relación con la decisión de la Corte, que se refiere al enfoque aplicado, la argumentación en su totalidad y la parte dispositiva. De este modo, el Magistrado Cançado Trindade se desmarca todo lo posible de la postura mayoritaria de la Corte.

2. Al analizar, en primer lugar, la cuestión de la existencia de controversia sometida a la Corte de La Haya, el Magistrado Cançado Trindade examina con detalle la jurisprudencia consolidada de dicha Corte —que engloba tanto a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) como a la Corte Internacional de Justicia (CIJ)—, según la cual existe controversia cuando se da “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas” (no necesariamente manifestado de manera expresa). La existencia de controversia es un asunto que la Corte debe “*determinar objetivamente*”, y la mera negación de dicha existencia no demuestra la inexistencia.

3. Esa ha sido la postura de la Corte de La Haya, tanto en el pronunciamiento de la CPJI en la causa relativa a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (fallo de 30 de agosto de 1924) como en la opinión consultiva de la CIJ de 30 de marzo de 1950 relativa a la *Interpretación de los tratados de paz*. Incluso durante el último decenio —recuerda el Magistrado—, la Corte de La Haya ha considerado adecuado insistir en su propia facultad para proceder a la “determinación objetiva” de la controversia, de conformidad con su jurisprudencia consolidada, que se analiza con detalle en la opinión disidente del Magistrado Cançado Trindade (apartado II).

4. Solo muy recientemente, en un fragmento de su fallo de 1 de abril de 2011 sobre las excepciones preliminares en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, la CIJ decidió aplicar a los hechos del caso un umbral más elevado para determinar la existencia de controversia, al verificar si el Estado demandante había notificado previamente su pretensión al Estado demandado y si el Estado demandado se había opuesto a ella. El Magistrado Cançado Trindade advierte de que ese nuevo requisito “no es coherente con la jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ sobre la determinación de la existencia de controversia” (párr. 9).

5. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, los tres Estados demandados (Pakistán, India y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) pretenden acogerse al requisito de la notificación previa de la pretensión, o bien al criterio del conocimiento previo de la reivindicación del Estado demandante, para determinar la existencia de controversia en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de la CIJ o en el derecho internacional general. Sin embargo, el Magistrado Cançado Trindade realiza la siguiente advertencia:

“En ningún lugar de la jurisprudencia consolidada de la Corte se alude a dicho requisito en relación con la existencia de controversia: muy al contrario, la CIJ ha dejado claro que la postura o la actitud de una de las partes puede determinarse por deducción [causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones

preliminares, 11 de junio de 1998]. Con arreglo al enfoque de la Corte, no es necesario que la parte demandada se oponga previamente a la pretensión mediante una declaración expresa, ni que reconozca expresamente la existencia de controversia” (párr. 10).

6. El Magistrado Cançado Trindade recuerda a continuación que, en su opinión disidente (párr. 161) al fallo dictado por la Corte en 2011 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, criticó la “argumentación formalista” utilizada por la Corte al determinar la existencia de controversia, que suponía la aplicación de un umbral más elevado que excedía el establecido en la propia jurisprudencia consolidada de la CPJI y la CIJ (párrs. 11 y 12). No existe ningún requisito general de notificación previa de la pretensión del Estado demandante para incoar un proceso ante la CIJ. El Magistrado añade que “la finalidad de que sea necesario determinar la existencia de controversia (y su objeto) ante la Corte es facultar a esta para ejercer su jurisdicción adecuadamente: este requisito no está orientado a proteger al Estado demandado sino, más concretamente, a salvaguardar el ejercicio adecuado de la función judicial de la Corte” (párr. 13).

7. Del mismo modo, no existe ningún requisito que exija “agotar” previamente la vía de las negociaciones diplomáticas (párr. 14) antes de interponer una demanda e incoar un proceso ante la Corte (causa relativa a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, fallo sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998). En la presente causa que enfrenta a las Islas Marshall y el Pakistán, las partes en litigio han mantenido dos líneas constantes y diferenciadas de conducta que reflejan posturas jurídicas distintas, hecho que basta para determinar la existencia de controversia. El objeto de la controversia entre las partes radica en si el Pakistán ha incumplido la obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional eficaz (párr. 16).

8. En las presentes causas relativas a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall contra Pakistán/India/Reino Unido)*, la mayoría de la Corte ha elevado indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia y ha impuesto el requisito relativo al “conocimiento”, lo que parece “socavar su propia capacidad de deducir la existencia de controversia de las conductas antagónicas mantenidas por las partes en litigio” (párr. 18).

9. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la postura adoptada por la mayoría de la Corte en la presente causa “contradice la propia jurisprudencia anterior de la Corte de La Haya (CPJI y CIJ)”, en la que se aplicó un enfoque mucho menos formalista para determinar la existencia de controversia” (con respecto a la CPJI, véase lo señalado, entre otras, en la causa relativa a las

Concesiones Mavrommatis en Palestina, fallo de 30 de agosto de 1924; la causa relativa a *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, fallo (competencia) de 25 de agosto de 1925; y la causa relativa a la *Interpretación de los fallos núms. 7 y 8 - Fábrica de Chorzów*, fallo de 16 de diciembre de 1927; en cuanto a la CIJ, véase lo expuesto, entre otras, en la causa relativa a *Timor Oriental*, fallo de 30 de junio de 1995; la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (excepciones preliminares), fallo de 11 de julio de 1996; y la causa relativa a *Ciertos bienes* (excepciones preliminares), fallo de 10 de febrero de 2005) (párrs. 20 y 21).

10. En las causas relativas a *Timor Oriental* (1995), a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1996) y a *Ciertos bienes* (2005), la CIJ consideró que el comportamiento posterior a la fecha crítica (es decir, la fecha de interposición de la demanda) respaldaba la conclusión de la existencia de controversia entre las partes. A la luz de este enfoque aplicado por la CIJ en su jurisprudencia previa, la existencia de controversia en la causa en cuestión resulta evidente (párrs. 22 y 23).

11. Además, la mayoría de la Corte hace *tabula rasa* con respecto al requisito de que la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia sea “en principio” la fecha de interposición de la demanda (causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* (excepciones preliminares), fallo de 17 de marzo de 2016); como ya se ha visto, en su jurisprudencia, la CIJ ha tenido en cuenta la conducta posterior a esa fecha crítica (párr. 26).

12. En la presente causa —prosigue el Magistrado Cançado Trindade—, la mayoría de la Corte hace uso de los *obiter dicta* que se formularon en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (2011) “que elevan indebidamente el umbral para determinar la existencia de controversia, con arreglo a una cláusula compromisoria contemplada en dicha Convención (interpretada erróneamente de todos modos, pues ignora el objeto y el propósito de este instrumento). Y, lo que es peor, en la presente causa, que enfrenta a las Islas Marshall y el Pakistán, la mayoría de la Corte asume esa norma más rigurosa fuera de contexto y la aplica a esta causa concreta, sometida ante la Corte sobre la base de una declaración realizada en virtud de la cláusula facultativa y relativa a una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario” (párr. 27).

13. La elevación del umbral es una medida que resulta, “además de formalista, artificial” y que no se desprende de la definición de controversia contemplada en la jurisprudencia consolidada de la Corte (párr. 28). Al aplicar el criterio del “conocimiento”, la mayoría de la Corte exige con el máximo formalismo una respuesta específica por parte del Estado demandado a la pretensión formulada por el Estado demandante, “incluso en situaciones en las que, como ocurre en este caso concreto, las partes

en litigio manifiestan dos líneas coherentes y diferenciadas de conducta” (párr. 28). El Magistrado Cançado Trindade concluye, sobre este asunto en particular, que el formalismo en el que incurre la mayoría de la Corte al elevar el umbral para determinar la existencia de controversia tiene la siguiente consecuencia:

“Genera indebidamente una dificultad en el propio *acceso a la justicia* (de las partes demandantes) a nivel internacional en un asunto que atañe a toda la humanidad, lo que resulta sumamente lamentable” (párr. 29).

14. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade centra su atención en las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares y en la *opinio juris* (apartado III), a saber: a) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981); b) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la congelación de las armas nucleares (1982-1992); c) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (1982-2015); y d) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015). El Magistrado recuerda, en primer lugar, que, en el transcurso del proceso en la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, las partes en litigio hicieron referencia a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a la cuestión del desarme nuclear (párr. 30).

15. En cuanto a *la primera serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares (1961-1981)*, cabe señalar la aprobación de la innovadora resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, que impulsó la elaboración de la célebre “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares” y estuvo seguida por la celebración de tres Decenios para el Desarme (párr. 31). En este primer período examinado (1961-1981), la Asamblea General prestó especial atención de manera continua a las cuestiones relacionadas con el desarme y, en particular, al desarme nuclear (párr. 32). En los años 1978 y 1982, dicho órgano celebró dos períodos extraordinarios de sesiones en torno al desarme nuclear (los períodos de sesiones 10° y 12°, respectivamente), en los que esta cuestión ocupó un lugar destacado entre los temas debatidos; en aquella ocasión, se recalcó que el objetivo más inmediato del desarme era la eliminación del peligro de una guerra nuclear (párr. 33).

16. El Magistrado Cançado Trindade recuerda que la Asamblea General puso de relieve en reiteradas ocasiones los peligros que entrañaba la carrera de armamentos nucleares para la humanidad y la supervivencia de la civilización y expresó su inquietud en relación con las consecuencias nocivas de los ensayos nucleares encaminados a acelerar dicha carrera. Por ello, la Asamblea General reiteró

su condena de todo tipo de ensayos con armas nucleares, al margen del entorno en el que se realizaran, e instó a los Estados poseedores de armas nucleares a suspender tales ensayos en cualquier contexto (párr. 34).

17. Además, el Magistrado Cançado Trindade recuerda que, en ese período, la Asamblea General hizo hincapié también en la responsabilidad especial que los Estados poseedores de armas nucleares tenían en el cumplimiento del objetivo del desarme nuclear (párr. 35), y añade que, en la 84ª sesión plenaria, celebrada tras el décimo período extraordinario de sesiones dedicado al desarme, la Asamblea General declaró que la utilización de armas nucleares constituía una “violación de la Carta de las Naciones Unidas” y “un crimen de lesa humanidad”, y que dicha utilización debía prohibirse, en espera de lograr el desarme nuclear (párr. 36).

18. Por lo que respecta a *la segunda serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la congelación de las armas nucleares (1982-1992)*, en cada año de ese período (seguimiento de los períodos extraordinarios de sesiones 10º y 12º relativos al desarme nuclear, celebrados en 1978 y 1982, respectivamente), la Asamblea General aprobó diversas resoluciones en las que se pedía la congelación de las armas nucleares. En dichas resoluciones se señala que los arsenales de armas nucleares existentes bastan con creces para destruir toda forma de vida sobre la Tierra. Asimismo, se expresa la convicción de que la paz mundial duradera únicamente puede cimentarse en el logro del desarme general y completo bajo un control internacional eficaz. En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General mencionadas señalan que los objetivos de prioridad máxima en el ámbito del desarme han de ser el desarme nuclear y la eliminación de todas las armas de destrucción en masa (párr. 38).

19. Finalmente, en esas resoluciones se exhorta a los Estados poseedores de armas nucleares a acordar “una congelación de las armas nucleares” que, entre otras cosas, estipule “la suspensión simultánea y total de toda nueva producción de material fisionable destinado a armas”. Dicha congelación no se consideraba un fin en sí misma, sino el primer paso más eficaz para la reducción de los arsenales nucleares, la prohibición completa de los ensayos nucleares, el cese de la fabricación y el despliegue de armas nucleares, y el cese de la producción de material fisionable con fines armamentísticos (párr. 39).

20. Tras recordar que en las alegaciones efectuadas a finales de 1995 en el procedimiento consultivo ante la CIJ (párrs. 43 a 45) se reconocieron la autoridad y el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General, el Magistrado Cançado Trindade señala que el número de esas resoluciones ha seguido aumentando constantemente desde entonces y hasta el día de hoy, “conformando claramente”, desde su punto de vista, “una *opinio juris communis* con respecto al desarme nuclear” (párr. 43).

21. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade alude al *largo historial de resoluciones de la Asamblea General en las que se condena el desarrollo y el uso de armas nucleares* (1982-2015) y en las que la Asamblea General pasa directamente a expresar una condena, advirtiendo de la amenaza que dichas armas suponen para la supervivencia de la humanidad (párr. 45). En los párrafos del preámbulo de tales resoluciones posteriores se *reafirma* de manera manifiesta, año tras año, que “el uso de armas nucleares constituiría una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen de lesa humanidad” (párr. 46).

22. En último lugar, aunque no por orden de importancia, el Magistrado Cançado Trindade analiza *la serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que dan seguimiento a la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 (1996-2015)*, en las que se comienza expresando la convicción de la Asamblea General de que “el hecho de que sigan existiendo armas nucleares representa una amenaza para la humanidad” y de que “su empleo tendría consecuencias catastróficas para todas las formas de vida en la Tierra”, y que “la única defensa contra una catástrofe nuclear es la eliminación total de las armas nucleares y la certeza de que no se volverán a fabricar jamás” (segundo párrafo del preámbulo). En dichas resoluciones se reitera “la determinación de la comunidad internacional de alcanzar el objetivo de un mundo libre de armas nucleares mediante la eliminación total de esas armas” (párr. 51).

23. Esas resoluciones de la Asamblea General exhortan manifiestamente *a todos los Estados* a cumplir de inmediato la obligación conducente a la pronta celebración de una convención en la que se prohíba el desarrollo, la producción, el ensayo, el despliegue, el almacenamiento, la transferencia, la amenaza o el empleo de armas nucleares y se disponga su eliminación (párr. 52). En uno de los párrafos del preámbulo de las resoluciones de la Asamblea General que forman parte de dicha serie, también se reconoce en los últimos años “con satisfacción” que el Tratado Antártico, los tratados de Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok y Pelindaba y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central, así como la condición de zona libre de armas nucleares de Mongolia, “están liberando gradualmente de armas nucleares todo el hemisferio sur y las áreas adyacentes a que se refieren esos tratados” (párr. 53).

24. Las resoluciones más recientes (aprobadas desde 2013 en adelante) se explayan considerablemente sobre el asunto. En ellas se exhorta a todos los Estados poseedores de armas nucleares a que emprendan iniciativas de desarme concretas, destacando que todos los Estados deben poner especial empeño en lograr y mantener un mundo sin armas nucleares. En su parte dispositiva, se subraya la conclusión unánime de la CIJ, expresada en la opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de que “existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz” (párr. 54).

25. Estas resoluciones de seguimiento de la Asamblea General contienen párrafos relativos a la obligación de emprender y concluir de buena fe negociaciones encaminadas al desarme nuclear, sin referencia alguna al TNP o a los Estados partes en él; en buena medida se refieren a esa obligación como una obligación

general que no tiene su fundamento en ninguna disposición de ningún tratado. Se exhorta a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP, a cumplir de inmediato la obligación, que les atañe a *todos*, de informar (al Secretario General) sobre su acatamiento de las resoluciones en cuestión. En resumen, “las referencias a *todos los Estados* son intencionadas y, al no constar referencias a ningún tratado ni a ninguna otra obligación internacional impuesta específicamente, todo apunta a la existencia de una obligación de negociar y lograr el desarme nuclear dimanante del derecho consuetudinario” (párr. 55).

26. Al igual que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también se ha explayado a menudo sobre la materia en cuestión (apartado IV). Por ejemplo, en dos de sus resoluciones (984/1995, de 11 de abril de 1995, y 1887/2009, de 24 de septiembre de 2009), el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace referencia, en concreto, a la obligación de celebrar negociaciones de buena fe en relación con el desarme nuclear (párr. 60). El Consejo de Seguridad hace también un llamamiento general a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sean o no partes en el TNP (párr. 61). El Magistrado Cançado Trindade opina lo siguiente:

“Las citadas resoluciones del Consejo de Seguridad, al igual que las de la Asamblea General (véase lo señalado anteriormente), están dirigidas a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y aportan elementos importantes para la generación de una *opinio juris* en apoyo del surgimiento progresivo de una obligación dimanante del derecho internacional consuetudinario y en consonancia con la obligación convencional contemplada en el artículo VI del TNP. En concreto, resulta significativo que el Consejo de Seguridad exhorte a *todos los Estados*, y no solo a los Estados partes en el TNP, a emprender negociaciones de buena fe para lograr el desarme nuclear (o a sumarse a dichos Estados partes en este empeño). Ello indica que la obligación atañe a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, independientemente de que sean o no partes en el TNP” (párr. 62).

27. Las resoluciones de las Naciones Unidas analizadas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) —añade el Magistrado— reflejan que la Organización cuenta con un largo historial de condena del desarrollo y la utilización de armas nucleares (apartado V), que se remonta a su fundación y sus primeros años de andadura (párrs. 66 y 67). En 1956, se creó el Organismo Internacional de Energía Atómica. Cinco años más tarde, en 1961, la Asamblea General aprobó la histórica e innovadora resolución 1653 (XVI), de 24 de noviembre de 1961, titulada “Declaración sobre la Prohibición del Uso de las Armas Nucleares y Termonucleares”, que “mantiene su contemporaneidad a día de hoy y que, 55 años después, sigue mereciendo especial atención” (párr. 65).

28. Transcurrido más de medio siglo, aquella lúcida y conmovedora declaración parece seguir estando de actualidad, ya que el conjunto de la comunidad internacional continúa a la espera de que se concluya la propuesta de una convención general sobre la prohibición de las armas nucleares y termonucleares: el desarme nuclear constituye hoy en día un objetivo de las Naciones Unidas aún por lograr, como ocurría en 1961. El Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (TPCE), aprobado el 24 de septiembre de 1996, todavía no ha entrado en vigor, a pesar de que 164 Estados lo hayan ratificado hasta la fecha (párr. 66). Desde la aprobación del TPCE en 1996, la labor de la Conferencia de Desarme se ha mantenido en gran medida en punto muerto, ante la alegación de “intereses de seguridad” divergentes (párr. 72).

29. Pese a todo, desde el punto de vista histórico, en los últimos decenios se han logrado algunos avances en relación con otras armas de destrucción en masa, como demuestra la aprobación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (el 10 de abril de 1972), así como de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (el 13 de enero de 1993); a diferencia manifiesta del TPCE, estas dos Convenciones ya han entrado en vigor (lo hicieron el 26 de marzo de 1975 y el 29 de abril de 1997, respectivamente). El Magistrado Cançado Trindade concluye, a este respecto, lo siguiente:

“Si atendemos únicamente al derecho internacional convencional, las armas de destrucción en masa (gases tóxicos, armas biológicas y químicas) han quedado ilegalizadas; sin embargo, todavía no se han prohibido las armas nucleares, que resultan mucho más destructivas. Este disparate jurídico alimenta la miopía o ceguera positivista que lleva a deducir de ello que no existe ninguna obligación internacional consuetudinaria de desarme nuclear. Los positivistas solo tienen ojos para el derecho convencional, para el consentimiento individual de cada Estado, y se encierran en un círculo vicioso, incapaces de ver las acuciantes necesidades y aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto ni de comprender la universalidad del derecho internacional contemporáneo —tal y como lo concibieron sus ‘padres fundadores’ ya en los siglos XVI y XVII— y sus principios fundamentales subyacentes [...].

A decir verdad, en nuestros días la obligación de desarme nuclear existe y está consolidada en el derecho internacional tanto convencional como consuetudinario; además, las Naciones Unidas han realizado una contribución sumamente valiosa al respecto a lo largo de decenios” (párrs. 74 y 75).

30. En sus alegatos ante la Corte en la presente causa, las partes en litigio han expuesto sus diferentes argumentos sobre la cuestión de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear y del surgimiento de una *opinio juris* (apartado VI). El Magistrado Cançado Trindade considera que, a pesar de las diferencias existentes en su historial de votaciones, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas examinadas en la presente opinión disidente, analizadas en su conjunto,

“no permiten en absoluto negar su contribución a la generación de una *opinio juris* relativa al establecimiento de una obligación de desnuclearización en virtud de lo dispuesto en el derecho internacional consuetudinario. Al fin y al cabo, se trata de resoluciones de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas (y no solo de la gran mayoría de los Estados Miembros de la Organización que votaron a favor de su aprobación); son resoluciones de las propias Naciones Unidas en las que se aborda una preocupación común de toda la humanidad” (párr. 82).

31. La presencia del mal ha marcado la existencia humana durante siglos (apartado VII). Desde el comienzo repentino de la era nuclear en agosto de 1945, algunos de los grandes pensadores mundiales se han estado preguntando por el futuro de la humanidad (párrs. 83 a 91) y han llamado la atención sobre la necesidad imperiosa de respetar la vida y la importancia de los valores humanistas

(párrs. 92 a 104). También en el ámbito de la doctrina jurídica internacional ha habido quienes han destacado la necesaria prevalencia de la conciencia humana, la conciencia jurídica universal, sobre el voluntarismo de los Estados (párrs. 105 a 108).

32. Esta es la postura que defiende asimismo el Magistrado Cançado Trindade, en cuya opinión:

“La conciencia jurídica universal constituye la fuente material suprema del derecho internacional. [...] no es posible abordar los nuevos desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional en su conjunto teniendo en cuenta únicamente las susceptibilidades de los Estados; tal es el caso de la obligación de librar al mundo de las armas nucleares, que constituye una necesidad imperiosa emanada de la *recta ratio* y no un aspecto dependiente de la ‘voluntad’ de los Estados. En efecto, para mantener viva la esperanza, es preciso tener siempre presente a la humanidad en su conjunto” (párr. 109).

33. Dentro de la CIJ, el Magistrado Cançado Trindade expuso este mismo argumento en su opinión disidente (párrs. 488 y 489) emitida en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015. Asimismo, observa que “la presencia del mal ha acompañado y marcado la existencia humana a lo largo de los siglos”, con un “aumento progresivo del desprecio por la vida humana”; el “trágico mensaje del libro del Génesis”, en su opinión, “parece perdurar en el tiempo, alcanzando su máximo grado de contemporaneidad en la actual era nuclear” (párrs. 111 y 112).

34. La siguiente línea argumental del Magistrado Cançado Trindade hace referencia a la atención que se presta a los pueblos en la Carta de las Naciones Unidas, como se ilustra en varias de sus disposiciones, así como a la atención dedicada en dicho instrumento a la protección de los valores comunes de la humanidad y al respeto de la vida y la dignidad humana (apartado VIII). El Magistrado continúa señalando que el nuevo ideal promovido por la Carta de las Naciones Unidas y propugnado por el derecho de la Organización posee, desde su punto de vista, la siguiente característica:

“Tiene una incidencia en el arreglo judicial de las controversias internacionales. Por consiguiente, el hecho de que el mecanismo por el que la CIJ dirime los contenciosos sea un mecanismo interestatal no significa que su argumentación también deba adquirir una dimensión estrictamente interestatal; ello dependerá de la naturaleza y el fondo de las cuestiones que se le sometan. Varias de las causas llevadas ante la Corte han exigido una argumentación que trascendía con creces la dimensión interestatal. Dicho tipo de argumentación se mantuvo fiel a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, por constituir la CIJ ‘el principal órgano judicial’ de la Organización” (párr. 115).

35. Del mismo modo, el ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas celebradas en la década de 1990, en un esfuerzo encomiable de la Organización por *ir más allá de la dimensión puramente interestatal y trascenderla*, infundió un espíritu de solidaridad orientado a analizar los desafíos a los que se enfrentaba el futuro de la humanidad. El denominador común de tales conferencias —añade el Magistrado Cançado Trindade— fue el reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de los seres humanos de todo el mundo. A finales de dicha década y en los albores del nuevo milenio, la Declaración del Milenio (2000) expresó la determinación de “eliminar los peligros que suponen las armas de destrucción en masa” (párrs. 119 a 121).

36. En resumen, la naturaleza de una determinada causa sometida a la Corte puede requerir una argumentación que trascienda la perspectiva estrictamente interestatal; la presente causa relativa a la obligación de desarme nuclear exige centrar la atención en los pueblos, de conformidad con una perspectiva humanista, y no en susceptibilidades interestatales. El mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. El desarme nuclear constituye un motivo de preocupación para la humanidad en su conjunto.

37. Contrariamente a lo que sostiene la argumentación expuesta por la mayoría de la Corte, el denominado “principio del *Oro amonedado*” no tiene cabida en una causa como la que nos ocupa y “no pertenece al ámbito de los *prima principia*, por tratarse únicamente de una concesión en favor del consentimiento de los Estados, dentro de un marco voluntarista estatal obsoleto”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la presente causa demuestra lo siguiente:

“[...] la necesidad de trascender la perspectiva estrictamente interestatal. El hecho de que el mecanismo por el que la CIJ resuelve los contenciosos que se le someten sea un mecanismo interestatal no implica en modo alguno que la argumentación de la Corte deba revestir asimismo un carácter estrictamente interestatal. En el marco de la presente causa, relativa a las armas nucleares y a la obligación de desarme nuclear, es necesario centrar la atención en los pueblos, y no en susceptibilidades interestatales. Es imprescindible tener en cuenta a la población mundial, de conformidad con una perspectiva humanista y a la luz del principio de humanidad” (párrs. 124 y 125).

38. La presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, pone de relieve la enorme importancia de los principios generales del derecho internacional, como el principio de la igualdad jurídica de los Estados (apartado XI). Los principios generales del derecho (*prima principia*) constituyen los cimientos sobre los que se asientan todos los sistemas jurídicos, sustentan y definen

sus normas, orientan la aplicación de estas y ponen de relieve la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium* (véase lo señalado más adelante).

39. Las desigualdades de hecho y la estrategia de “disuasión” no pueden prevalecer sobre la igualdad jurídica de los Estados; la “disuasión” no puede seguir ignorando la claridad de las diferentes series de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se expresa una *opinio juris communis* que condena el desarrollo y el uso de armas nucleares (apartado XI). Tal como sostienen también los principios generales del derecho internacional y la doctrina jurídica internacional —añade el Magistrado Cançado Trindade—, el desarrollo y el uso de armas nucleares constituyen una infracción del derecho internacional, del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, de la Carta de las Naciones Unidas y del *jus cogens*, por sus consecuencias devastadoras y el sufrimiento que pueden infligir a la humanidad en su conjunto (párrs. 132 y 133).

40. A su entender, la CIJ debería otorgar “mucho más importancia a la razón de humanidad” que a la razón de Estado que sustenta la estrategia de “disuasión” y debería “tener en cuenta a las personas y a los pueblos, al servicio de los cuales se crearon los Estados, en lugar de basarse solo en lo que supuestamente constituye la razón de Estado”. La razón de humanidad, a juicio del Magistrado, “prevalece sin duda sobre las consideraciones de la *realpolitik*” (párr. 143). El Magistrado añade que, en su opinión consultiva de 1996, la CIJ reconoció acertadamente la importancia del desarme nuclear completo (señalada en la serie de resoluciones de la Asamblea General), entendiendo este como una obligación de resultado y no de mera conducta (párr. 89), si bien manifiesta la siguiente objeción:

“[La CIJ] no evaluó las correspondientes consecuencias. De haberlo hecho, habría llegado a la conclusión de que el desarme nuclear no podía verse obstaculizado por la conducta de unos pocos Estados —los Estados poseedores de armas nucleares— que mantienen y modernizan sus propios arsenales de armas nucleares de conformidad con su estrategia de ‘disuasión’.

La estrategia de ‘disuasión’ tiene un componente suicida. Actualmente, en 2016 (transcurridos 20 años desde la opinión consultiva emitida por la CIJ en 1996 y atendiendo a la reiteración posterior de la obligación jurídica de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario), ya no hay margen para la ambigüedad. Existe una *opinio juris communis* sobre la ilegalidad de las armas nucleares, así como sobre la obligación consolidada de desarme nuclear, que constituye una obligación de resultado y no de mera conducta. La dogmática insistencia positivista en la prohibición expresa de las armas nucleares no puede suprimir esa *opinio juris*; por el contrario, dicha *opinio juris* revela que el argumento basado en la inexistencia de una prohibición expresa

carece de sentido, pues se sustenta en la estrategia destructiva y suicida de la ‘disuasión’” (párrs. 134 y 135).

41. El Magistrado Cançado Trindade concluye a este respecto que existe efectivamente una clara *opinio juris communis* en cuanto a la ilegalidad y la prohibición de las armas nucleares, y que la supervivencia de la humanidad no puede supeditarse a la “voluntad” y la insistencia en salvaguardar “los intereses de seguridad nacionales” de un puñado de Estados privilegiados; la “conciencia jurídica universal está muy por encima de la ‘voluntad’ de cada Estado” (párr. 140).

42. Su siguiente línea argumental hace referencia a la ilegalidad de las armas nucleares y a la obligación de desarme nuclear (apartado XII), y abarca los siguientes aspectos: a) la condena del desarrollo y el uso de todo tipo de armas de destrucción en masa; b) la prohibición de las armas nucleares (necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas y el derecho fundamental a la vida); c) las prohibiciones absolutas dimanantes del *jus cogens* y la humanización del derecho internacional; y d) los inconvenientes del positivismo jurídico. El Magistrado Cançado Trindade recalca la necesidad de aplicar un enfoque centrado en las personas en este ámbito, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la vida (párrs. 166 a 179). Es preciso seguir centrando la atención en las consecuencias devastadoras y catastróficas del empleo de armas nucleares.

43. El Magistrado advierte de que, en el marco del proceso conducente al desarme nuclear, el destino de los pueblos del mundo no puede quedar supeditado al consentimiento individual de los Estados. Las prohibiciones absolutas de la privación arbitraria de la vida humana, de la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y de la imposición de sufrimientos innecesarios constituyen prohibiciones de *jus cogens* que se reflejan en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional consuetudinario, lo que promueve el actual proceso histórico de *humanización* del derecho internacional (párrs. 180 a 183).

44. Asimismo, el Magistrado Cançado Trindade advierte de que la perspectiva positivista ignora indebidamente la *opinio juris communis* relativa a la ilegalidad de todas las armas de destrucción en masa, incluidas las armas nucleares, así como la obligación de desarme nuclear, aspectos contemplados en el derecho internacional contemporáneo (párrs. 184 a 190). El derecho internacional convencional y el derecho internacional consuetudinario van de la mano —añade— por lo que se refiere a la protección de la persona, como se pone de manifiesto en la cláusula de Martens, lo cual repercute en la prohibición de las armas nucleares (párrs. 191 a 199).

45. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la existencia de armas nucleares es la tragedia contemporánea de la era nuclear; hoy, más que nunca, los seres humanos necesitan protegerse de sí mismos. Las armas nucleares carecen de ética y esta no puede desvincularse del

derecho, como nos enseñó el pensamiento iusnaturalista (apartado XIV). El Magistrado realiza la siguiente reflexión:

“En el ámbito del desarme nuclear, hoy en día nos enfrentamos, dentro del universo conceptual del derecho internacional, a carencias inexplicables o anomalías, cuando no disparates. Por ejemplo, en nuestros tiempos existen afortunadamente convenciones (de 1972 y 1993) en las que se prohíben las armas biológicas y químicas, pero hasta la fecha no existe ninguna prohibición convencional integral de este tipo relativa a las armas nucleares, que son mucho más destructivas. Tal prohibición no existe pese a que las armas nucleares atentan claramente contra las disposiciones del derecho internacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas.

¿Tiene esto algún sentido? ¿Puede el derecho internacional prescindir de la ética? A mi entender, la respuesta es: no, en absoluto. Al igual que el derecho y la ética van de la mano (en consonancia con lo propugnado por el pensamiento iusnaturalista), el propio conocimiento científico tampoco puede disociarse de la ética. La producción de armas nucleares constituye un ejemplo del divorcio existente entre las consideraciones éticas y el progreso científico y tecnológico. De lo contrario, no se habrían diseñado armas capaces de aniquilar a millones de civiles inocentes y al conjunto de la humanidad.

Los principios de la *recta ratio*, que orientan la *lex praeceptiva*, emanan de la conciencia humana y afirman la existencia de una relación ineludible entre el derecho y la ética. Las consideraciones éticas deben orientar los debates sobre el desarme nuclear. Las armas nucleares, capaces de destruir a la humanidad en su conjunto, portan el mal en sí mismas. Dichas armas ignoran a la población civil y hacen caso omiso de los principios de necesidad, distinción y proporcionalidad. Asimismo, pasan por alto los principios humanitarios, no respetan en absoluto el derecho fundamental a la vida y constituyen herramientas completamente ilegales e ilegítimas rechazadas por la *recta ratio*, que dotó al *jus gentium*, en su evolución histórica, de fundamentos éticos y de su carácter universal” (párrs. 201 a 203).

46. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, la humanidad es un sujeto de derechos (como propugnaban los “padres fundadores” del derecho internacional) en el ámbito del nuevo *jus gentium* humanizado y, como sujeto de derechos, la humanidad ha venido siendo víctima potencial de las armas nucleares desde hace ya mucho tiempo. Esta visión humanista se centra en los pueblos y tiene en cuenta los fines humanos de los Estados.

47. A juicio del Magistrado Cançado Trindade, no es posible abordar la tragedia contemporánea que representan las armas nucleares desde “la perspectiva miope del derecho positivo en exclusiva”; las armas nucleares y el resto de las armas de destrucción en masa carecen de ética y de fundamento alguno basado en el derecho internacional (derecho de gentes). Este tipo de armas atenta de manera flagrante contra los principios fundamentales de tal derecho y contra los del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de las Naciones Unidas, además de constituir una manifestación contemporánea “del mal, en su perenne trayectoria cuyo origen se remonta al libro del Génesis”. El pensamiento iusnaturalista, “siempre abierto a las consideraciones éticas”, pone de relieve y desecha los efectos perjudiciales de la estrategia de “disuasión”, de creación e imposición del miedo; “la humanidad es víctima de dicha estrategia” (párr. 210).

48. La siguiente línea argumental del Magistrado Cançado Trindade se centra en el principio de humanidad (párr. 215) y la aplicación de un enfoque universalista, en cuyo marco el *jus necessarium* supera las limitaciones del *jus voluntarium* (apartado XV). El Magistrado recuerda que, en diversas ocasiones, ha subrayado en sus opiniones separadas emitidas en el marco de la CIJ —y, anteriormente, en el seno de otro tribunal internacional (la Corte Interamericana de Derechos Humanos)— lo siguiente:

“Desde su origen histórico en el siglo XVI, se consideró que el derecho internacional (derecho de gentes) abarcaba no solo a los Estados (que empezaban a surgir por aquel entonces), sino también a los pueblos, a la persona (a título individual o considerada en grupo) y a la humanidad en su conjunto. La perspectiva estrictamente interestatal se definió mucho más tarde a partir del surgimiento del reduccionismo de Vattel a mediados del siglo XVIII, que se puso de moda a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con las desastrosas consecuencias conocidas por todos —las sucesivas atrocidades sufridas por los seres humanos y los pueblos en distintas regiones del mundo— que tuvieron lugar a lo largo de todo el siglo pasado. En la actual era nuclear, que abarca los siete últimos decenios, la humanidad en su conjunto se halla bajo amenaza” (párr. 213).

49. La obligación convencional y consuetudinaria de desarme nuclear —continúa señalando el Magistrado— pone de relieve otro aspecto:

“La cuestión de la *validez* de las normas jurídicas internacionales va, al fin y al cabo, más allá de lo estrictamente jurídico. El derecho internacional no puede permanecer indiferente a los valores, los principios generales del derecho y las consideraciones éticas; en primer lugar, debe determinar qué se necesita —por ejemplo, un mundo libre de armas nucleares— para

garantizar la supervivencia de la humanidad. Esta noción del derecho es anterior al derecho internacional positivo y está en consonancia con el pensamiento iusnaturalista [...].

A la luz de la conciencia humana, resulta evidente que esas armas, capaces de aniquilar al conjunto de la humanidad, son ilícitas, están prohibidas y constituyen una vulneración manifiesta de lo contemplado en el *jus cogens*” (párrs. 221 a 223).

50. A continuación, el Magistrado Cançado Trindade aborda otros aspectos del asunto en cuestión mencionados por las partes en litigio en la presente causa, relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, y señala que la *opinio juris communis necessitatis*, sobre la que se sustenta la obligación consuetudinaria y convencional de desarme nuclear, se plasmó, en primer lugar, en las Conferencias de Examen del TNP celebradas entre 1975 y 2015 (apartado XVI).

51. En segundo lugar, cabe señalar que lo mismo ocurrió con la correspondiente creación de las zonas libres de armas nucleares (apartado XVII), medida que beneficia en última instancia a la humanidad en su conjunto (párr. 247). Sin duda, para la creación de esas zonas se tuvieron en cuenta los aspectos fundamentales de la humanidad mediante la aprobación en 1967 del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco), a la que siguió la aprobación de otros cuatro tratados similares en distintas regiones del mundo, a saber: el Tratado sobre la Zona Desnuclearizada del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga), de 1985; el Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares de Asia Sudoriental (Tratado de Bangkok), de 1995; el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba), de 1996; y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central (Tratado de Semipalatinsk), de 2006 (así como sus respectivos Protocolos).

52. La creación de esas zonas libres de armas nucleares constituye ciertamente un reflejo de la creciente desaprobación que la comunidad internacional en su conjunto manifiesta hacia las armas nucleares (párr. 240). A la creación de las cinco zonas citadas anteriormente cabe añadir otras iniciativas emprendidas contra este tipo de armas —continúa señalando el Magistrado Cançado Trindade—, por ejemplo, la prohibición del emplazamiento de armas nucleares y otros tipos de armas de destrucción en masa en el espacio ultraterrestre, en los fondos marinos y oceánicos y en el subsuelo más allá del límite exterior de la zona territorial, entornos “desnuclearizados” gracias al Tratado Antártico (1959), el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre (1967) y el Tratado sobre los Fondos Marinos (1971), respectivamente, a los que puede sumarse el Acuerdo que Debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes (1979), por el cual se estableció la desmilitarización completa de estos (párr. 251).

53. El hecho de que la comunidad internacional cuente actualmente con cinco zonas libres de armas nucleares, en relación con las cuales los Estados poseedores de armas nucleares tienen una responsabilidad especial, “pone de manifiesto un triunfo innegable de la recta razón, la *recta ratio* sobre la que se fundamenta el derecho internacional contemporáneo”. Además, la iniciativa de las zonas libres de armas nucleares sigue ganando terreno con claridad: en los últimos años, se han venido examinando diversas propuestas orientadas a crear nuevas zonas desnuclearizadas similares, además de la denominada zona en un solo Estado (por ejemplo, Mongolia). Todo esto “refleja el aumento de la desaprobación manifestada por la comunidad internacional en su conjunto hacia las armas nucleares, que, en vista de su enorme capacidad destructiva, atentan contra la recta razón (*recta ratio*)” (párr. 252).

54. Por último, en tercer lugar, cabe destacar que se ha producido una evolución similar de los acontecimientos con respecto a las recientes Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares (apartado XVIII) —celebradas, respectivamente, en Oslo (marzo de 2013), en Nayarit (febrero de 2014) y en Viena (diciembre de 2014)— cuya causa común consistía en lograr y mantener un mundo libre de armas nucleares. Esta reciente serie de Conferencias —analizada por el Magistrado Cançado Trindade— puso de relieve las consecuencias humanitarias de las armas nucleares y “volvió a situar la preocupación por los seres humanos y los pueblos en una posición central”; así pues, tales eventos “resaltaron la importancia de la dimensión humana que entrañaba la cuestión en su conjunto y procuraron despertar la conciencia de toda la comunidad internacional, además de mejorar la necesaria coordinación humanitaria en este ámbito” (párr. 255).

55. Habida cuenta de sus efectos devastadores, las armas nucleares jamás deberían haberse diseñado ni fabricado. En las Conferencias de Nayarit y Viena, los participantes escucharon los conmovedores testimonios de algunos *hibakusha* (supervivientes de los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki), quienes relataron la terrible devastación causada a esas ciudades y a sus habitantes por las explosiones atómicas (en particular el fallecimiento de víctimas quemadas vivas, carbonizadas o vaporizadas, así como los efectos a largo plazo de la exposición a las radiaciones, entre ellos el nacimiento de “bebés con rasgos monstruosos” y el sufrimiento causado por casos de “cáncer de tiroides, cáncer de hígado y todo tipo de enfermedades cancerosas radiogénicas”, cuyo número ha ido aumentando con los años y se ha saldado con la muerte de numerosos supervivientes a lo largo de 70 años) (párrs. 263 y 273).

56. Esta reciente serie de Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares contribuyó a aumentar la comprensión de las consecuencias y los riesgos de las detonaciones nucleares y demostró los devastadores efectos, tanto inmediatos como a mediano y largo plazo, de la utilización y el ensayo de armas nucleares; tales eventos se centraron en mayor medida en el marco jurídico (y sus correspondientes lagunas) en relación con las armas nucleares (párrs. 274, 275 y 277 a

281). Como parte de la lucha contra este tipo de armas y a raíz de la Conferencia de Viena, se formuló el denominado “Compromiso Humanitario”, que, en abril de 2016, contaba con el respaldo oficial de 127 Estados (párrs. 282 a 284).

57. Llegado a este punto, el Magistrado Cançado Trindade concluye, con respecto a estas iniciativas recientes (véase lo expuesto con anterioridad), lo siguiente:

“[Dichas iniciativas] han puesto de relieve acertadamente las graves consecuencias humanitarias de las detonaciones de armas nucleares. El replanteamiento de la cuestión en su conjunto desde un enfoque centrado en las personas me parece una solución especialmente lúcida y necesaria, teniendo en cuenta la falta de fundamento de la estrategia de ‘disuasión’ y las consecuencias catastróficas de la utilización de armas nucleares [...].

Habida cuenta de que la obligación de desarme nuclear constituye una obligación de resultado, la aplicación de un enfoque ‘gradual’ no puede prorrogarse indefinidamente, pues supone empecinarse en que la espada nuclear de Damocles siga pendiendo sobre nuestras cabezas. El enfoque ‘gradual’ no ha dado ningún resultado concreto importante hasta la fecha y parece hacer caso omiso de los numerosos pronunciamientos de las Naciones Unidas que respaldan la obligación de desarme nuclear (véase lo señalado anteriormente). Al fin y al cabo, la prohibición absoluta de las armas nucleares, que engloba múltiples aspectos, constituye una prohibición de *jus cogens* (véase lo señalado anteriormente). Dichas armas, según se puso de manifiesto en las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares, son esencialmente inhumanas, lo que hace que la estrategia de ‘disuasión’ carezca de fundamento y resulte insostenible” (párrs. 285 y 286).

58. Además, las iniciativas examinadas en la presente opinión disidente (las Conferencias de Examen del TNP, la creación de zonas libres de armas nucleares y las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares) —a las que las partes en litigio hicieron referencia en el transcurso del proceso llevado a cabo ante la CIJ en el marco de la causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*— “trascendieron la perspectiva interestatal”. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, “existe una gran necesidad, en este ámbito, de seguir mirando más allá de los Estados y atender a la lucha por la supervivencia de los pueblos y la humanidad en nuestros tiempos” (párr. 289).

59. Tras recordar que las armas nucleares “han estado vinculadas, desde sus orígenes, con una capacidad de destrucción abrumadora” (párr. 290), el Magistrado Cançado Trindade pasa a exponer su análisis final (apartado XIX). A su entender, la *opinio juris communis* —a cuya generación han contribuido las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas— tiene una dimensión mucho más amplia que la del elemento subjetivo de la costumbre y

constituye un aspecto fundamental en el surgimiento de un derecho de conciencia orientado a librar al mundo de la amenaza inhumana que suponen las armas nucleares.

60. Las resoluciones de las Naciones Unidas (tanto las de la Asamblea General como las del Consejo de Seguridad) se aprueban en nombre de la propia Organización (y no solo en nombre de los Estados que hayan votado a favor de ellas); por lo tanto, resultan válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Entre los órganos principales de las Naciones Unidas, cabe destacar el papel desempeñado por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Secretario General, cuyas aportaciones a la cuestión del desarme nuclear han sido constantes y notables a lo largo de los años. La CIJ, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad, pues influyen en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las relacionadas con el derecho sustantivo.

61. La *opinio juris* cuenta ya con una larga trayectoria en el pensamiento jurídico y goza actualmente de una amplia dimensión. Ya en el siglo XIX, la denominada “escuela histórica” del pensamiento jurídico y la filosofía del derecho, “en respuesta a la concepción voluntarista, desechó paulatinamente la ‘voluntad’ de los Estados, desviando la atención hacia la *opinio juris* y exigiendo que la práctica constituyese una expresión auténtica de la ‘conciencia jurídica’ de las naciones y los pueblos”. Con el paso del tiempo, el reconocimiento del predominio de la conciencia sobre la “voluntad” fue afianzándose, como “reacción ante la reticencia de algunos Estados a acatar las normas relativas a asuntos de interés general o común para la comunidad internacional” (párr. 293). El Magistrado Cançado Trindade añade lo siguiente:

“La *opinio juris* se convirtió en un elemento fundamental para la propia *formación* del derecho internacional, un *derecho de conciencia*. Esto redujo la influencia unilateral de los Estados más poderosos, fomentando la creación de un derecho internacional en beneficio del interés público y en aras del bien común de la comunidad internacional en su conjunto.

Se pasó a considerar que los fundamentos del ordenamiento jurídico internacional eran elementos independientes de la ‘voluntad’ de cada Estado y que la trascendían; la *opinio juris communis* vino a constituir la expresión de la ‘conciencia jurídica’, ya no solo de las naciones y los pueblos —como sostuvo en el pasado la ‘escuela histórica’—, sino de la comunidad internacional en su conjunto, iniciándose con ello el camino hacia la universalización del derecho internacional. A mi juicio, es este derecho internacional de conciencia el que se inclina en particular por el desarme nuclear en aras de la supervivencia de la humanidad” (párrs. 294 y 295).

62. El Magistrado Cançado Trindade recuerda además que, a lo largo de los años, ha repudiado sistemáticamente el “positivismo voluntarista”, como hace en la presente opinión disidente,

con respecto a “la obligación internacional consuetudinaria y convencional de poner fin a la producción de armas nucleares”, con el fin de “librar al mundo de su inhumana amenaza” (párrs. 297 a 299). A continuación, realiza la siguiente reflexión sobre las resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas al asunto que nos ocupa y analizadas en la presente opinión:

“[Tales resoluciones] se aprueban, no en nombre de los Estados que votaron a favor de ellas, sino más concretamente en nombre de la propia Organización (de sus respectivos órganos), por lo que resultan *válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas* [...]. Las Naciones Unidas están dotadas de personalidad jurídica internacional propia, lo que les permite actuar en el plano internacional como entidad autónoma, independiente de cada uno de los Estados Miembros; de este modo, defienden la igualdad jurídica de todos los Estados y mitigan la preocupante vulnerabilidad de aquellos Estados objetivamente más débiles, como los Estados no poseedores de armas nucleares; en este sentido, persiguen —a través del multilateralismo— el bien común y el logro de los objetivos comunes de la comunidad internacional en su conjunto, entre ellos el desarme nuclear.

No es posible que un pequeño grupo de Estados —como los Estados poseedores de armas nucleares— ignore o minimice la importancia de esas resoluciones aprobadas reiteradamente, cuya vigencia se ha prolongado a lo largo del tiempo, simplemente por haber votado en contra de ellas o haberse abstenido en su votación. Una vez aprobadas, dichas resoluciones son válidas para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Se trata de resoluciones de la propia Organización y no solo de la gran mayoría de sus Estados Miembros que votaron a favor de ellas. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se abordan reiteradamente asuntos que preocupan a la humanidad en su conjunto (como las armas nucleares existentes), gozan en mi opinión de valor normativo y no puede otorgárseles la debida consideración desde una perspectiva voluntarista del Estado, sino que exigen la aplicación de un enfoque diferente que se aleje de un planteamiento estrictamente voluntarista-positivista” (párrs. 300 y 301).

63. Esas resoluciones —continúa señalando— “se inspiran en los principios generales del derecho internacional, que, por su parte, reflejan los valores y las aspiraciones de la comunidad internacional en su conjunto, de toda la humanidad”. Los valores plasmados en estos *prima principia* “constituyen la fuente de inspiración de todos los ordenamientos jurídicos y, en última instancia, sus fundamentos” (párr. 302). En opinión del Magistrado Cançado Trindade, los principios generales del derecho (*prima principia*) tienen la siguiente función:

“Confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineludible dimensión axiológica. No obstante, el positivismo jurídico y el ‘realismo’ político, debido a su característica subordinación al poder, incurren en el error fundamental de minimizar esos principios, que constituyen los fundamentos de cualquier sistema jurídico y sustentan y definen las normas y las medidas adoptadas en virtud de ellos, con el objetivo de lograr que se haga justicia. Siempre que se han minimizado esos principios, las consecuencias han sido desastrosas” (párr. 303).

64. En los últimos decenios, dichos principios han contribuido a generar un vasto *corpus juris* sobre asuntos que atañen a la comunidad internacional en su conjunto y han permitido superar el tradicional paradigma interestatal del ordenamiento jurídico internacional. Este hecho ya no puede ignorarse en nuestros tiempos: el mecanismo interestatal por el que la CIJ resuelve los contenciosos “no puede utilizarse para justificar una argumentación basada en un punto de vista interestatal”. Como “principal órgano judicial” de las Naciones Unidas, la CIJ tiene la siguiente obligación:

“La CIJ ha de tener en cuenta no solo a los Estados, sino también a ‘nosotros, los pueblos’, en cuyo nombre se aprobó la Carta de las Naciones Unidas. En las sentencias internacionales dictadas en relación con los contenciosos que se le someten, como es el caso de la presente causa relativa a las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, la CIJ debe tener en cuenta las consideraciones fundamentales de humanidad y su correspondiente repercusión en las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como en las del derecho sustantivo” (párr. 304).

65. Por último, pero no por ello menos importante, el Magistrado Cançado Trindade manifiesta en su epílogo (apartado XX) la impresión de hallarse en paz con su propia conciencia, al exponer los fundamentos de su propia postura personal en la causa en cuestión, que “se opone de manera clara y absoluta a la opinión respaldada por la mayoría de la Corte”. A su entender, se da la siguiente circunstancia:

“Se ha sometido una controversia a la Corte, que tiene competencia para pronunciarse sobre la causa. Existe una obligación de desarme nuclear dimanante del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario. La Corte únicamente podría dictaminar si ha habido un incumplimiento concreto de esta obligación en la fase de examen del fondo de la presente causa” (párr. 305).

66. La postura disidente del Magistrado Cançado Trindade “se basa no solo en la evaluación de los alegatos formulados ante la Corte por las partes en litigio, sino, sobre todo, en cuestiones de principio y en valores fundamentales que considero aún más importantes” (párr. 306). En conclusión

—añade— “un mundo en el que existen arsenales de armas nucleares, como es el nuestro, está destinado a destruir su pasado, supone una peligrosa amenaza en el presente y carece de todo futuro. Las armas nucleares allanan el camino hacia la nada” (párr. 321). El Magistrado opina, además, lo siguiente:

“La Corte Internacional *de Justicia*, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas que es, debería haber mostrado en el presente fallo más sensibilidad al respecto y haber intervenido en el debate sobre un asunto que constituye una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional más vulnerable y, ciertamente, de la humanidad en su conjunto” (párr. 321).

Declaración de la Magistrada Xue

La Magistrada Xue vota a favor del fallo porque está de acuerdo con la decisión de la Corte de sobreseer la causa por falta de competencia. A pesar de ello, desea formular dos observaciones sobre dicho fallo.

La primera de ellas guarda relación con el enfoque adoptado por la Corte para determinar la existencia de controversia. En el fallo, la Corte considera que las pruebas que se le presentaron no demostraban que existiese controversia entre las partes en relación con el objeto de la demanda cuando las Islas Marshall incoaron el proceso y, por consiguiente, no se cumple la condición que le otorga competencia. La Corte llega a esta conclusión basándose principalmente en que, en ningún momento, las Islas Marshall facilitaron información detallada alguna al Pakistán, ya fuese verbalmente o mediante su comportamiento, que hiciera posible que este último país tuviese conocimiento de que las Islas Marshall habían presentado una demanda judicial contra él por el incumplimiento de su obligación internacional de negociar en materia de desarme nuclear.

La Magistrada Xue señala que la Corte no aborda las demás excepciones planteadas por la parte demandada, sino que sobresee la causa basándose únicamente en la constatación de la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda. Por lo tanto, cabe esperar que surjan interrogantes sobre la conveniencia de aplicar este enfoque formal y restrictivo. Habida cuenta del ejercicio de flexibilidad judicial realizado por la Corte en el pasado al abordar defectos de procedimiento, resulta discutible que la inexistencia de controversia entre las partes en el momento de interponerse la demanda pueda constituir por sí sola un fundamento sólido para que la Corte sobresee la causa; las Islas Marshall podrían volver a presentar inmediatamente una nueva demanda con el mismo propósito, dado que, sin duda, la controversia se habrá afianzado a estas alturas. Por economía judicial, las circunstancias actuales parecen exigir realismo y flexibilidad.

El apoyo de la Magistrada Xue a la decisión de la Corte obedece a tres motivos. En primer lugar, a su juicio, debe existir un requisito mínimo por el que se exija a la parte demandante que demuestre a la Corte la existencia de controversia entre las partes antes de incoar la causa. Las pruebas presentadas por las Islas Marshall a tal efecto son claramente insuficientes. Dicho país se basa en gran medida en las posturas defendidas por las partes durante el presente proceso para demostrar que la reivindicación de una de ellas se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra. Como señala la Corte, si se aceptase ese argumento, la condición de la existencia de controversia quedaría prácticamente despojada de todo valor y significado. Más aún: en opinión de la Magistrada, se socavaría la confianza de los Estados en la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

En segundo lugar, aunque la notificación y las conversaciones diplomáticas previas no constituyan un requisito para determinar la existencia de controversia, debería desalentarse la litigación “por sorpresa”. Todos los medios de solución pacífica, incluidos los recursos judiciales, están orientados a resolver las controversias. Siempre que las circunstancias lo permitan, la demostración clara de la interposición de una demanda judicial a la parte responsable facilitará el proceso de negociación y solución. La Corte podrá tener en cuenta la conducta de las partes posterior a la presentación de la demanda como prueba adicional para certificar tanto su competencia como la admisibilidad, si bien la flexibilidad judicial habrá de ejercerse dentro de unos límites razonables.

En tercer lugar, la competencia de la Corte se basa en la reciprocidad. La presente causa difiere de las causas anteriores en que la Corte aplicó un enfoque flexible al abordar ciertos defectos de procedimiento. La Magistrada Xue observa que las Islas Marshall no incoaron el proceso simplemente para proteger sus propios intereses, pese a ser un país perjudicado por las armas nucleares. La causa atiende más bien al interés de la comunidad internacional. Si bien la Corte reconoció la existencia de obligaciones *erga omnes* dimanantes del derecho internacional en la causa relativa a la empresa Barcelona Traction (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*) (segunda fase), fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33), no abordó la cuestión de la legitimación para emprender acciones (*locus standi*), aún pendiente de tomar cuerpo en el derecho internacional.

En cuanto a su segunda observación, la Magistrada Xue lamenta enormemente que la Corte deje de abordar algunas de las demás excepciones planteadas por la parte demandada. El Pakistán alega, entre otras cuestiones, que, sobre la base del denominado “principio del *Oro amonedado*”, la Corte no puede pronunciarse sobre la presunta controversia en ausencia del resto de los Estados poseedores de armas nucleares. Además, sostiene que la supuesta obligación de negociar exige la participación de todos los Estados poseedores de armas nucleares, así como la de otros Estados. Por consiguiente, una decisión vinculante para las Islas Marshall y el Pakistán no podría surtir el efecto deseado.

En opinión de la Magistrada, estas excepciones merecen un análisis inmediato por parte de la Corte en la fase preliminar, ya que la respuesta al respecto tendría una repercusión directa en la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda. De haber actuado así, la Corte estaría en mejor posición para demostrar que, en lo que respecta a las cuestiones de competencia y admisibilidad, la demanda de las Islas Marshall no adolecía de un único defecto de procedimiento.

La Magistrada Xue recuerda la opinión consultiva emitida por la Corte sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que se afirmó que cualquier aspiración al desarme general y completo, en especial al desarme nuclear, pasaba por la cooperación de todos los Estados (*Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 264, párr. 100) y que la obligación dimanante del artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares no constituía una mera obligación de comportamiento, sino la obligación de lograr un resultado concreto.

La Magistrada Xue observa que han transcurrido 20 años desde la emisión de aquella opinión consultiva y que se ha producido un fracaso colectivo, pero que la cuestión que se plantea en la presente causa es si ese fracaso puede traducirse en una serie de controversias bilaterales que puedan abordarse por separado. La Magistrada se pregunta si ese posible desacuerdo existente entre algunos Estados poseedores de armas nucleares, por un lado, y los Estados no poseedores de armas nucleares, por otro, en torno al cese de la carrera de armamentos nucleares y el proceso de negociación sobre el desarme nuclear puede considerarse una controversia en el sentido de lo dispuesto en los Artículos 36 y 38 del Estatuto. Asimismo, se pregunta si correspondería a la Corte resolver una controversia semejante mediante un proceso contencioso, suponiendo que dicha controversia ya existiese en el momento de interponerse la demanda o se hubiera afianzado posteriormente. En su opinión, la Corte hace demasiado hincapié en la manera en que puede materializarse una controversia, pero no presta suficiente atención a la naturaleza de la que, según alegan las Islas Marshall, existía entre este país y el Pakistán.

Declaración de la Magistrada Donoghue

La Magistrada Donoghue señala que los criterios en virtud de los cuales la Corte dictamina la existencia de controversia no figuran en su Estatuto, sino en la argumentación de los fallos de la Corte. Esto exige aclarar dichos criterios para su aplicación sistemática. La Magistrada Donoghue considera que la investigación de la Corte sobre la existencia de controversia reflejada en el presente fallo sigue el razonamiento expuesto en la jurisprudencia reciente de dicho órgano.

En cuanto a la afirmación de las Islas Marshall de que las declaraciones antagónicas formuladas por las partes durante el proceso ante la Corte pueden bastar para establecer la existencia de controversia, la Magistrada Donoghue considera que, en sus fallos dictados recientemente, la Corte

no ha determinado la existencia de controversia basándose únicamente en las declaraciones de las partes ante ella, sino que se ha atendido al principio de que las pruebas deben demostrar que existía una controversia en la fecha de interposición de la demanda, tal como está haciendo en la presente causa.

Con respecto al argumento de las Islas Marshall relativo a la necesidad de que la Corte deduzca la existencia de controversia de la yuxtaposición de las declaraciones de este país y la conducta de la parte demandada, la Magistrada Donoghue observa que la norma objetiva aplicada en este caso para analizar las pruebas es coherente con la jurisprudencia reciente de la Corte. La cuestión esencial radica en dilucidar si las declaraciones de la parte demandante hacían referencia al objeto de la demanda interpuesta contra la parte demandada —es decir, “la cuestión sometida a la Corte” en la demanda— con la claridad suficiente para que esta última parte “supiese o no pudiese ignorar” lo que la parte demandante le reclamaba. Dado que no fue así, no había motivo alguno para esperar una respuesta de la parte demandada ni para que la Corte pudiese deducir la existencia de antagonismo de la presunta conducta invariable de dicha parte. Por consiguiente, cabe concluir que no existían opiniones antagónicas, ni controversia alguna, en la fecha de interposición de la demanda.

Declaración del Magistrado Gaja

Tras haber concluido que no existía ninguna controversia entre las partes en la fecha en que se interpuso la demanda, la Corte decidió no examinar las demás excepciones planteadas por los Estados demandados. Dado el surgimiento evidente de controversias a partir de esa fecha, habría sido preferible que la Corte examinase también otras excepciones formuladas por los Estados demandados, que probablemente volverán a ser objeto de litigio si las Islas Marshall presentan nuevas demandas.

Opinión separada de la Magistrada Sebutinde

El objeto y propósito de la Carta de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y es este objeto y propósito el que guía la labor de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, en el cumplimiento de su mandato de dirimir las controversias interestatales sobre la base del derecho internacional. La importancia de tal objeto y propósito de las Naciones Unidas se pone de manifiesto ante la amenaza para la paz y la seguridad internacionales que plantean las armas nucleares.

El objeto de la controversia entre las partes es el presunto incumplimiento por el Pakistán de la obligación internacional derivada del derecho internacional consuetudinario de celebrar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a lograr el desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz. Tanto la República de las Islas Marshall como el Pakistán formularon declaraciones en virtud de la cláusula facultativa del Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ, en los años 2013 y 1960 respectivamente, en las que aceptaban la jurisdicción obligatoria de

la Corte. Sin embargo, la existencia de controversia constituye un requisito previo para el ejercicio de esa jurisdicción.

Corresponde a la Corte (y no a las partes) la función de determinar objetivamente si, en el momento en que se interpuso la demanda, existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho o bien un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” entre dichas partes en relación con el asunto mencionado anteriormente. La jurisprudencia de la Corte demuestra que esta ha adoptado, en el ejercicio de tal función, un enfoque flexible que concede más importancia al contenido de las pruebas, incluida la conducta de las partes, que a las cuestiones de forma o de procedimiento. El enfoque y el razonamiento utilizados por la mayoría para concluir la inexistencia de controversia entre las partes en la presente causa no solo se basan exclusivamente en aspectos formales y de procedimiento, sino que también resultan inflexibles en la medida en que no tienen debidamente en cuenta la conducta de las partes. La aplicación de un enfoque sustantivo más flexible, que analizase la conducta de las partes como prueba pertinente, habría demostrado que la República de las Islas Marshall y el Pakistán mantenían claramente opiniones antagónicas en relación con el objeto de la presente controversia.

Por último, al insistir en que, para determinar la existencia de controversia, la parte demandante debe demostrar que el Estado demandado “sabía o no podía ignorar que dicha parte había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista”, la mayoría ha introducido un nuevo criterio jurídico ajeno a la jurisprudencia consolidada de la Corte que eleva indebidamente el umbral de prueba. Además de hacer hincapié inadecuadamente en la forma en detrimento del contenido, este nuevo criterio jurídico de “conocimiento” introduce cierto grado de subjetividad en una ecuación en la que debería mantenerse la objetividad, al exigir que tanto la parte demandante como la Corte penetren en la mente del Estado demandado. La jurisprudencia en que se basa la mayoría para adoptar este nuevo criterio no es aplicable a la presente causa.

Opinión separada del Magistrado Bhandari

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari reitera su acuerdo con las conclusiones del fallo dictado por mayoría. No obstante, desea desarrollar los fundamentos de la argumentación del fallo y se propone abordar otro aspecto de la presente causa, a saber, que la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares formuladas por el Pakistán, dado que las cuestiones planteadas en la causa afectan no solo a las partes, sino a toda la humanidad.

El Magistrado Bhandari afirma que, de conformidad con el Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, esta únicamente podía ejercer su jurisdicción en caso de controversia entre las partes. Por tanto, lo que debe dilucidarse es si, a través de los documentos, las alegaciones y la conducta de las partes, se puede determinar la existencia de controversia entre ellas en el momento de interponerse la

demanda con arreglo a lo dispuesto en los instrumentos jurídicos aplicables y la jurisprudencia de la Corte. A continuación, el Magistrado hace referencia a las disposiciones pertinentes del Estatuto (Artículos 36, párrafo 2, y 38, párrafo 1), así como a la definición del término “controversia”. Posteriormente, recuerda que, para determinar la existencia de controversia, la Corte analizó con detalle las conversaciones diplomáticas, los documentos y las declaraciones de las partes (*Georgia c. Federación de Rusia y Bélgica c. Senegal*) a fin de establecer si existía “un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” (*Concesiones Mavrommatis en Palestina*). Con arreglo a las causas relativas a *África Sudoccidental*, el criterio para determinar la existencia de controversia consiste en que la reivindicación de una de las partes se enfrente a la oposición manifiesta de la otra.

En su opinión separada, el Magistrado Bhandari dictamina que, en virtud de la aplicación del Estatuto y la jurisprudencia de la Corte, y a la luz de los documentos y alegatos presentados ante ella, no cabe sino concluir que no existe controversia alguna entre las partes y que, por consiguiente y sobre la base de los hechos expuestos, la Corte carece de competencia para conocer de la presente causa. El fallo de la mayoría, en lugar de analizar detenidamente estos aspectos, se centra sobre todo en el desconocimiento de la controversia latente por la parte demandada.

La Corte tiene libertad para elegir cualquier excepción preliminar al examinar su propia competencia y, en este sentido, suele optar por la más “directa y concluyente” (véase la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos*). En la causa que nos ocupa, al esgrimir el desconocimiento por la parte demandada como motivo principal para desestimar la demanda, la Corte no ha optado por el fundamento más “directo y concluyente” de tal decisión, ya que la parte demandante puede subsanar fácilmente dicho desconocimiento mediante la debida notificación de la controversia a la parte demandada. En ese caso, la parte demandante podría simplemente volver a interponer una demanda ante la Corte, lo que sería un resultado no deseado y debería desalentarse. Las partes ya han presentado documentos y alegaciones *in extenso*. En vista de los hechos de la presente causa, la Corte debería haber analizado las demás excepciones preliminares. De lo contrario, la posible reapertura de la causa supondría el malgasto de los esfuerzos, el tiempo y los recursos que tanto las partes como la Corte han invertido ya en abordar este asunto.

Por consiguiente, el Magistrado Bhandari considera en su opinión separada que, ante los hechos de la presente causa, la Corte debería haber examinado el resto de las excepciones preliminares formuladas por la parte demandada, a saber: la falta de competencia por la ausencia en el proceso de partes fundamentales (“principio del *Oro amonedado*”), la falta de legitimación de la parte demandante para emprender actuaciones en la presente causa y el hecho de que el fallo dictado por la Corte equivaldría a una opinión consultiva. Concretamente en relación con el “principio del *Oro amonedado*”, cabe recordar que, en su opinión consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte consideró que

cualquier iniciativa realista en pro del desarme general y completo requería la cooperación de todos los Estados. En definitiva, se trata de excepciones preliminares de carácter trascendental con respecto a las cuales la Corte debería haberse pronunciado.

Opinión disidente del Magistrado Robinson

El Magistrado Robinson está en desacuerdo con la conclusión mayoritaria de que no existe controversia alguna en la presente causa.

La Carta de las Naciones Unidas ha asignado a la Corte un papel especial que le confiere una relevancia singular en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a través del ejercicio de sus funciones judiciales. La decisión adoptada hoy por la mayoría no tiene en cuenta este papel.

La jurisprudencia de la Corte es coherente en cuanto al enfoque que ha de aplicarse para determinar la existencia de controversia, enfoque que no se refleja en el presente fallo. Según dicha jurisprudencia, debe adoptarse un planteamiento objetivo, flexible y pragmático para dictaminar si existe controversia. Uno de los principios consolidados en dicha jurisprudencia es que el surgimiento de una controversia tiene lugar cuando, en virtud de un análisis objetivo, se determina que existen opiniones claramente antagónicas sobre la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de un Estado (*Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania* (primera fase), opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 74). No hay un solo caso en la jurisprudencia de la Corte que legitime el planteamiento mayoritario de que, para determinar la existencia de controversia, es preciso constatar que la parte demandada tenía conocimiento de que la parte demandante había expresado una oposición manifiesta a su punto de vista. Si bien ese conocimiento puede constituir una prueba de la existencia de controversia, su consideración de requisito previo para determinar tal circunstancia supone desviarse de la investigación empírica y pragmática que la Corte tiene la obligación de llevar a cabo: una investigación centrada simplemente en dilucidar si las pruebas revelan o no la existencia de opiniones manifiestamente antagónicas.

La mayoría malinterpreta asimismo el sentido estricto de sus *dicta* y su propia jurisprudencia al concluir que las pruebas posteriores a la interposición de la demanda pueden servir simplemente para confirmar la existencia de controversia. El enfoque aplicado por la Corte a esta cuestión ha sido menos categórico e inflexible de lo que la mayoría pretende insinuar. La Corte ha otorgado una importancia considerable a las declaraciones formuladas durante el proceso, en particular a la negación de las acusaciones por parte del Estado demandado, no solo para confirmar, sino también para determinar la existencia de controversia. Ello es completamente coherente con el enfoque flexible y pragmático que constituye la seña de identidad de la jurisprudencia de la Corte en esta materia. Sería más adecuado abordar la cuestión de la posibilidad de reacción de la parte demandada

como aspecto relacionado con las garantías procesales, en lugar de como elemento del criterio determinante de la existencia de controversia.

Otro motivo para rechazar la decisión de la mayoría es que contraviene el principio de la buena administración de justicia, en el que la Corte ha hecho hincapié en más de una ocasión. La Corte se pronunció en contra de la aplicación de un enfoque conducente a lo que denominaba la “proliferación innecesaria de procesos” (*Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)* (excepciones preliminares), fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 443, párr. 89). Una consecuencia peculiar del fallo dictado por mayoría es que, habida cuenta del fundamento de la desestimación de la demanda, la parte demandante podría, en teoría, presentar una nueva demanda contra la parte demandada.

Los hechos de la presente causa revelan la existencia de controversia entre ambas partes. Aunque el Magistrado Robinson está en desacuerdo con la postura mayoritaria y considera que el conocimiento no constituye un requisito previo para poder constatar la existencia de controversia, resulta difícil concluir que la parte demandada “no pudiese ignorar” el antagonismo existente entre las opiniones de las partes.

El presente dictamen por mayoría supone añadir un obstáculo injustificado en el recorrido de las posibles demandas que lleguen a examinarse en cuanto al fondo. Ello menoscaba la capacidad de la Corte para desempeñar su papel como órgano permanente de solución pacífica de controversias y, a través de esta función, como agente que contribuye de manera decisiva al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta conclusión resulta aún más reveladora si atendemos al objeto de la controversia sometida hoy a la Corte.

Opinión disidente del Magistrado Crawford

El Magistrado Crawford está en desacuerdo con que la mayoría haya aplicado el denominado criterio del “conocimiento objetivo” para determinar la existencia de controversia. Dicho requisito jurídico no está contemplado en modo alguno en la jurisprudencia de la Corte. Resulta difícil diferenciar el criterio del conocimiento objetivo del requisito de notificación oficial, cuya validez había rechazado la Corte. Por otro lado, esta se ha mostrado tradicionalmente flexible a la hora de determinar la existencia de controversia. Si bien el Magistrado Crawford conviene en la necesidad, en principio, de que la controversia exista en el momento de interponerse la demanda, la constatación de tal controversia puede basarse, entre otras cosas, en conductas o pruebas posteriores a la presentación de dicha demanda, incluidas las declaraciones de las partes durante el proceso.

Además de estar en desacuerdo con la interpretación del derecho realizada por la Corte, el Magistrado Crawford discrepa en cuanto a su aplicación a los hechos. En concreto, la controversia en

cuestión debería haberse definido como una controversia multilateral, basándose en la causa relativa a *África Sudoccidental* (excepciones preliminares) como fundamento para afirmar la posibilidad de que dicha controversia se plasmase en foros multilaterales con la participación de múltiples Estados. En opinión del Magistrado, existía, al menos, una controversia incipiente entre la parte demandante y la demandada en la fecha de interposición de la demanda, habida cuenta de que las Islas Marshall habían tomado partido en el desacuerdo multilateral con los Estados poseedores de armas nucleares.

Dado que, en la fecha de interposición de la demanda, existía una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada en cuanto al cumplimiento por esta última de lo dispuesto en el artículo VI del TNP, o de las disposiciones equivalentes del derecho internacional consuetudinario, era innecesario analizar si podía o debía subsanarse alguna deficiencia ejerciendo la facultad discrecional prevista en *Mavrommatis*, de acuerdo con lo señalado recientemente en la causa *Croacia c. Serbia*.

El Magistrado Crawford hace referencia también a una de las restantes excepciones de competencia y admisibilidad planteadas por la parte demandada: el denominado “principio del *Oro amonedado*”. En su opinión, se trata de una cuestión cuyo análisis corresponde a la fase de examen del fondo del asunto. La necesidad de que la Corte se pronuncie sobre los derechos y las obligaciones de terceras partes en la controversia, como requisito previo para su solución, depende, entre otras cosas, del alcance y la aplicación de las disposiciones del artículo VI del TNP o de cualquier obligación paralela dimanante del derecho internacional consuetudinario.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Bedjaoui

I. INTRODUCCIÓN

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui votó en contra de la parte dispositiva del fallo de la Corte en la causa que enfrentaba a las Islas Marshall con el Pakistán. El Magistrado considera que sí existe una controversia entre las Islas Marshall y la parte demandada y señala que, si bien la Corte siempre se ha atendido a una definición general estándar del concepto de controversia jurídica, no ha mostrado el mismo grado de coherencia en los criterios elegidos para determinar la existencia de dicha controversia. La desviación más significativa de su jurisprudencia puede apreciarse en el fallo de 1 de abril de 2011 en la causa *Georgia c. Federación de Rusia*, que posteriormente se mantuvo en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*.

II. UNA JURISPRUDENCIA TRADICIONALMENTE MENOS FORMALISTA

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que el enfoque actual de la Corte, gravemente menoscabado por cierto grado de formalismo, bien podría considerarse una desviación de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, alude a la claridad y la creatividad de la Corte en el ejercicio de sus funciones tanto consultivas como contenciosas. Dicho órgano ha logrado no dejarse condicionar por el texto de la Carta de las Naciones Unidas y las lagunas del derecho internacional. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui expone un resumen breve y sencillo de la jurisprudencia de la Corte, mostrando su tristeza por la impresión que pueda transmitir la decisión adoptada hoy en la presente causa.

En su opinión, resulta más imprescindible que nunca que la Corte intente aclarar el criterio empleado para determinar la existencia de controversia, puesto que se trata de una cuestión fundamental de la que dependen directamente tanto su competencia como el ejercicio de esta. Es esencial que la Corte se muestre más coherente al definir los principios orientados a establecer la existencia de controversia y aplicarlos a cada caso concreto. De lo contrario, se suscita incertidumbre jurídica entre los Estados y cierto grado de confusión entre los lectores, ya que ninguno de ellos sabe por qué algunos casos cuentan con el beneficio de la comprensión de la Corte y otros no.

Además de esta primera obligación de coherencia, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui considera que la Corte debe también evitar el anquilosamiento. La responsabilidad de aplicar racionalmente los criterios no impide mantener al mismo tiempo la receptividad ante el carácter cambiante de los problemas mundiales; no se trata en modo alguno de que la Corte acepte toda idea nueva, sino de saber cuándo y cómo limitar o, en su defecto, ampliar el ámbito de aplicación de los criterios que constituyen el fundamento de los fallos dictados en las causas relativas a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* y a *África Sudoccidental* y, sobre todo, de explicar en cada ocasión por qué es necesario priorizar la flexibilidad o el formalismo en un determinado caso.

A juicio del Magistrado *ad hoc* Bedjaoui, el mayor peligro sigue siendo, por el momento, el exceso de formalismo, especialmente cuando, como ocurre en la presente causa, se combina con una jurisprudencia que no goza de claridad alguna con miras al futuro, lo que aumenta evidentemente el riesgo de arbitrariedad.

III. ¿NOTIFICACIÓN O “CONOCIMIENTO”?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que, si bien la Corte se ha mostrado tradicionalmente reacia a considerar que la notificación de la controversia a la parte demandada por la parte demandante sea un requisito previo para la incoación del proceso, desde la decisión adoptada en 2011 ha reinado una incertidumbre que nubla la perspectiva general.

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la Corte dé la impresión de establecer una correlación directa y, aparentemente, automática entre el conocimiento de la existencia de opiniones antagónicas y la existencia de controversia. También señala que, según la argumentación de la Corte, el aspecto fundamental es la necesidad de que la parte demandada “tenga conocimiento” de dicha circunstancia y se pregunta si no estamos asistiendo con ello a la recuperación paulatina del concepto de “notificación”.

Sin embargo, si aceptamos la vigencia de este requisito previo adicional, ¿por qué no aplicarlo entonces correctamente? El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui sostiene que el Pakistán debía tener “conocimiento” de la postura antinuclear de las Islas Marshall contraria a su propia conducta en el ámbito nuclear, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la historia de este último país y sus declaraciones formuladas en los años 2013 y 2014 en el marco de diversos actos internacionales abiertos a la participación de todos los países. Como todos sabemos, tales declaraciones iban dirigidas a todos los Estados poseedores de armas nucleares sin distinción, incluido el Pakistán.

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui plantea los siguientes interrogantes: ¿cómo puede evaluarse el grado de “conocimiento” de la parte demandada? ¿Y cómo puede compaginarse esta desacostumbrada incursión en la subjetividad con la supuesta determinación “objetiva” de la existencia de controversia?

IV. FECHA DE LA EXISTENCIA DE CONTROVERSIA

Al Magistrado *ad hoc* Bedjaoui le complace que, en el presente fallo, la Corte se mantenga aparentemente fiel a su jurisprudencia tradicional, según la cual, “en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de controversia es la fecha de interposición de la demanda ante la Corte”.

Sin embargo, en la práctica, la Corte se ha negado, sin dar explicaciones convincentes, a tener en cuenta las pruebas surgidas tras la fecha de incoación del proceso que demostraban la existencia de controversia. De este modo, la Corte establece como dogma absoluto una solución que contradice su enfoque habitual, caracterizado por una gran flexibilidad que se refleja en su afirmación de que la controversia únicamente debiera existir “en principio” en la fecha de inicio del proceso.

V. DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO

En lo que respecta a los defectos de procedimiento subsanables, ya sean obra de la parte demandante o de la parte demandada y al margen de que se deban a una incoación prematura del proceso o a un recurso demasiado precipitado a la Corte, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la Corte ha generado una sólida jurisprudencia que ha resistido el paso del tiempo y ha demostrado su

perfecta coherencia a lo largo de casi 90 años. Esa jurisprudencia es la misma que el fallo de 2011 comenzó a desbaratar y que recibió su golpe de gracia con la causa *Bélgica c. Senegal*.

En el presente proceso, la Corte ha vuelto a prescindir de su tradicional jurisprudencia, pese a la sensatez de esta. El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui lamenta que la mayoría de la Corte considerase que las declaraciones de las Islas Marshall no bastaban para materializar la existencia de una controversia jurídica. Lo único que tienen que hacer el día de mañana las Islas Marshall es enviar una sencilla nota verbal a la parte demandada expresando brevemente su oposición a la política nuclear de esta, a fin de poder someter de nuevo la controversia, ya con carácter oficial, a la Corte. No resulta coherente ni sensato que la Corte se centre en defectos de procedimiento fácilmente subsanables, cuando durante mucho tiempo los ha abordado con un grado satisfactorio de flexibilidad.

VI. PRUEBA MEDIANTE DEDUCCIÓN; PRUEBA MEDIANTE INTERPRETACIÓN DEL SILENCIO

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui recuerda que, contrariamente al enfoque aplicado en esta causa, la Corte ha mostrado en otras ocasiones flexibilidad y sentido común al utilizar el *silencio* de la parte demandada o su *ausencia de respuesta*, e incluso actuar por *simple deducción*, para concluir la existencia de controversia.

En el presente fallo, la Corte pasa por alto su jurisprudencia tradicional y considera que la declaración de 13 de febrero de 2014, en la que las Islas Marshall acusaron a los Estados poseedores de armas nucleares de incumplir sus obligaciones internacionales, “habida cuenta de la generalidad de su contenido y del contexto en que se formuló [...] no exigía una respuesta concreta por parte del Pakistán”, en virtud de lo cual concluye que, “por consiguiente, no se puede deducir de dicha falta de respuesta que existiesen opiniones antagónicas”. La Corte parece haberse aventurado a actuar en nombre del Pakistán a fin de justificar su silencio, basándose, además, en argumentos con los que nadie puede asegurar que dicho Estado esté de acuerdo.

VII. PRUEBA BASADA EN LAS DECLARACIONES FORMULADAS ANTE LA CORTE

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui opina que la Corte se ha esforzado poco en la presente causa por tener plenamente en cuenta las circunstancias posteriores a la interposición de la demanda de las Islas Marshall, apartándose una vez más de su jurisprudencia tradicional.

Asimismo, se pregunta cómo es posible concluir que no existe controversia, cuando una de las partes denuncia ante la Corte que la otra lleva incumpliendo desde hace tiempo sus obligaciones internacionales y esta última niega que su conducta constituya un acto de inobservancia de dichas

obligaciones. Las declaraciones formuladas ante la Corte no han generado una controversia de la nada. Simplemente han “confirmado” su existencia previa.

VIII. NATURALEZA *SUI GENERIS* DE TODA CONTROVERSIA EN EL ÁMBITO NUCLEAR

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que los propios antecedentes históricos de las iniciativas de la comunidad internacional en pro del desarme nuclear presagian e indican la posible existencia de controversia. De hecho, la controversia planteada por las Islas Marshall, cuya pretensión no es sino proteger a la raza humana de la aniquilación permanente que podría causar el uso de las aterradoras armas de destrucción en masa, debería haber constituido una voz de alarma para la Corte, que proclamó hace 20 años la existencia de una doble obligación de negociar y lograr el desarme nuclear. Transcurridos 20 años, ese llamamiento no ha obtenido respuesta alguna. Pero, un día, un Estado no poseedor de armas nucleares se plantea preguntar a otro Estado, que sí posee este tipo de armas, la razón de que esta ya considerable demora se siga prolongando aparentemente en el tiempo.

Este tipo concreto de desacuerdo, tan específico, entre un Estado no poseedor de armas nucleares y un Estado que sí las posee con respecto a la abolición de las armas nucleares constituye, en sí y de por sí, la expresión de una grave controversia cuya existencia debería haber resultado de inmediato obvia para la Corte. Porque, ¿cuál es la pretensión de las Islas Marshall?: que la comunidad internacional y la propia Corte conozcan la razón de que una obligación definida por este órgano hace 20 años siga sin cumplirse.

IX. ¿UNA EXCEPCIÓN DE CARÁCTER NO EXCLUSIVAMENTE PRELIMINAR?

El Magistrado *ad hoc* Bedjaoui tal vez podría haber aceptado, en una causa tan compleja e importante como la que enfrenta a las Islas Marshall con el Pakistán, una decisión que reflejase la preocupación —sumamente legítima, al fin y al cabo— de la Corte por evitar un dictamen precipitado sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad. La Corte bien podría haber solicitado nuevas aclaraciones de las partes y, sabiendo que en esta fase no podría evaluar su conducta sin abordar el fondo de la cuestión, podría haber optado lógicamente por esperar a examinar el fondo del asunto para determinar su postura. En otras palabras, la Corte podría haber actuado con más prudencia y haber concluido que la cuestión de la existencia de controversia no tenía un carácter exclusivamente preliminar.

X. CONSECUENCIAS INDESEABLES DE ESTA DECISIÓN

Por último, el Magistrado *ad hoc* Bedjaoui señala que la presente decisión puede desencadenar, desafortunadamente, toda una serie de consecuencias indeseables, no solo para la parte

demandada, que podría sentirse alentada a retractarse de su reconocimiento facultativo de la jurisdicción de la Corte, sino también para la parte demandante, que ha asumido el costo de acudir a dicho órgano, así como para la comunidad internacional y la propia Corte.

En lo que respecta a la comunidad internacional, las decisiones dictadas hoy por la Corte ponen de manifiesto ante la opinión pública internacional la existencia de un mundo que es lamentablemente incoherente, no solo en términos de jurisprudencia procesal, sino también en lo tocante a su jurisprudencia sustantiva. ¿Qué mensaje está transmitiendo la Corte a la comunidad internacional cuando decide, más aún basándose en argumentos extremadamente endebles, abstenerse de ejercer su competencia en causas relativas a cuestiones importantísimas de desarme nuclear que afectan a la propia supervivencia de toda la raza humana?

En cuanto a la propia Corte, esta corre el riesgo de convertirse en la cuarta parte perdedora, dado que al desestimar la demanda de las Islas Marshall atendiendo a un defecto subsanable de procedimiento, está socavando el principio de buena administración de justicia que sustenta su funcionamiento. En estas tres causas, la Corte parece haber sido incapaz de alejarse de un formalismo que sacrifica el fondo de la cuestión en aras del procedimiento, el contenido en aras de la forma y la causa en aras de su objeto. Además, a pesar de que la Corte siempre ha manifestado que su objetivo es realizar una evaluación fundamentalmente “objetiva” de las pruebas, en este caso parece que apenas ha intentado evitar la subjetividad en su valoración de las pruebas presentadas por la parte demandante, a la vez que *se ha encargado ella misma de defender a la parte demandada* y ha examinado todos los argumentos de la primera desde una perspectiva aparentemente basada en un prejuicio negativo.