

La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares

¿*JURA NON NOVIT CURIA?*

por Luigi Condorelli

1. Es fácil impugnar la opinión consultiva emitida, el 8 de julio de 1996, por la Corte Internacional de Justicia sobre la *licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. No se necesita un gran esfuerzo de reflexión para ello: basta elegir entre las muchísimas críticas —por lo general muy duras— que pueden leerse en las declaraciones y los dictámenes (individuales o disidentes) que todos y cada uno de los catorce jueces presentes formularon, sea que estuvieran de acuerdo con la parte dispositiva en su totalidad sea que votasen en contra de uno u otro párrafo.

Por lo demás, hay motivos suficientes como para sentirse algo desorientados cuando se examinan los dictámenes de los jueces con respecto al fondo de la cuestión planteada por la Asamblea General, así como cuando tratamos de relacionar dichos dictámenes con el título del documento que cada uno de ellos eligió (declaración, dictamen individual, dictamen disidente), así como con el voto emitido. En realidad, todas las sorpresas son posibles, especialmente por lo que se refiere al párrafo fundamental de la parte dispositiva (párrafo 2)E, apartado 2), en el que la Corte declara que no puede decir si «(...) la amenaza o el empleo de armas nucleares es lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima

Luigi Condorelli, profesor de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, es también docente de Derecho Internacional Humanitario. Actualmente es *Jean Monnet Fellow* en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (1996-1997).

Original: francés

En español, las citas relativas a la Opinión consultiva de la CIJ son traducción del CICR.

defensa en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado». En cuanto a nuestro análisis, cabría aclarar en seguida que, aunque estos términos pueden indiscutiblemente ser interpretados de diferentes maneras, una cosa por lo menos queda clara: la Corte —por la menor mayoría posible— no rechazó verdaderamente la tesis de los Estados nucleares según la cual, en esas circunstancias, el arma nuclear no estaría jurídicamente prohibida.

Ahora bien, el hecho es que, si tratamos de comprender cuáles eran exactamente las razones de quienes votaron a favor de los párrafos en cuestión, descubrimos con sorpresa que no solamente parecen dispares, sino realmente contradictorias: en efecto, de los siete jueces que conformaban, gracias al voto de calidad del presidente, la mayoría sobre este asunto (Bedjaoui, Shi, Vereshchetin, Fleischhauer, Herczegh, Ferrari Bravo y Ranjeva), los tres últimos, en realidad, estaban de un modo u otro en contra del rechazo en cuestión y expresaron su oposición —claramente o de manera muy «matizada»— sea mediante una declaración (Herczegh¹ Ferrari Bravo²) o mediante un dictamen individual (Ranjeva³). En cambio, entre los que votaron en contra, tres (Schwebel, Guillaume y Higgins) y otro (Oda⁴) apoyaban fundamentalmente la posición de la Corte, es decir: pueden darse casos extremos en que el hecho de recurrir a las armas nucleares no podría considerarse que está prohibido. Sin embargo, tres de los jueces dieron un sustancial asenso en sus dictámenes disidentes, muy críticos por cierto (Schwebel, Oda, Higgins), mientras que el cuarto

¹ «Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario (...) prohíben de manera categórica e inequívoca el empleo de armas de destrucción masiva y, entre ellas, las armas nucleares.» Véase el segundo apartado de la declaración del juez Herczegh.

² En realidad, la postura del juez Ferrari Bravo es particularmente difícil de clasificar. El juez se expresa, al principio, como sigue: «(...) Pienso que una norma precisa y específica por la que se prohíba el arma atómica y se tengan en cuenta todas las consecuencias de esta prohibición no existe todavía»; esta opinión parece estar primordialmente en armonía con su voto. Sin embargo, Ferrari Bravo afirma después que los acontecimientos de la guerra fría «solo habrían impedido la *aplicación* de la prohibición (...) mientras que la prohibición en sí misma, la prohibición «desnuda», si puedo expresarme de este modo, ha permanecido en ese estado y sigue surtiendo efectos (...)» (párrafo 3 de su declaración). Pero, si la prohibición —incluso «desnuda»— existe, no vemos por qué entonces el empleo del arma a la que se refiere no merecería la calificación (también «desnuda», sin lugar a dudas) de ilícita.

³ El juez Ranjeva destaca, por un lado, que «(...) no puede haber dudas con respecto a la validez del principio de ilicitud en el derecho de los conflictos armados»; un poco más adelante, indica las razones que «(...) en mi opinión, privan de fundamento lógico y jurídico a la excepción de 'legítima defensa extrema'». Véanse las páginas 6 y 7 de su declaración.

⁴ El juez Oda es el único que sostiene que la Corte no debería responder a la pregunta planteada por la Asamblea General. No obstante, su opinión disidente deja traslucir sus verdaderas ideas.

(Guillaume) lo hizo por medio de un dictamen individual en el que solamente reprocha a la Corte que no se pronuncie de manera explícita acerca de lo que admite de manera implícita. Por lo que se refiere a los otros tres jueces que votaron en contra (Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma), los dictámenes disidentes dejan claro que su voto se debe a razones diametralmente opuestas, a saber: la firme convicción de que siempre debería estar prohibido amenazar con emplear armas nucleares o emplearlas, convicción que, como hemos visto, no parece estar sideralmente lejana del dictamen plasmado en sus escritos (pero no en la votación) por tres de los jueces que votaron como el presidente.

En resumen, no resulta siempre fácil comprender por qué cada uno votó como votó ni por qué —al responder a cuestiones que se plantearon, de manera extraña a veces por separado, a veces juntas— votaron como colegas que mantenían orientaciones opuestas; esto patentiza las dificultades con las que tropezó la Corte al enfrentarse a un problema (innegablemente jurídico, pero sobre todo político) que, sin lugar a dudas, es el más difícil de nuestra época. Frente a posturas tan irreconciliables apoyadas por segmentos tan importantes de la comunidad internacional, la Corte tuvo ciertamente que darse cuenta del precio que habría tenido que pagar si hubiese avalado una u otra posición. Por eso prefirió buscar un compromiso que le permite salir del paso sin «jugársela» demasiado. De ahí la solución de refugiarse en este tipo de *non liquet*, que es la admisión —paradójica, tratándose de un juez— de que, con respecto a las armas nucleares, la Corte no se considera capaz de aclarar por dónde pasa realmente la línea divisoria entre legalidad e ilegalidad: en resumen, *jura non novit curia*⁵!

⁵ Cabe señalar —y lo veremos más adelante— que la Corte invoca, como motivos que podrían justificar su incertidumbre, por un lado, la insuficiencia de los elementos de hecho que le fueran proporcionados; pero, por otro lado, también lo que llama (por oposición a los que califica de «elementos de hecho a su disposición») «el estado actual del derecho internacional en su conjunto», párrafo 97 de la opinión). Dicho de otro modo, el juez no se ampara solamente en la falta de datos de hecho que le fueron presentados (párrafos 94 y 95): la Corte también da a entender muy claramente que no puede orientarse porque considera que las informaciones jurídicas pertinentes son fundamentalmente ambiguas y contradictorias (párrafos 95 y 96). Al respecto, podemos preguntarnos: ¿qué sucede con el principio *jura novis curia*, cuya traducción nos es facilitada por la Corte misma del modo siguiente: «el derecho que surge en el ámbito del conocimiento judicial de la Corte» (C.I.J., *Compétences en matière de pêche*, fallo del 24 de julio de 1974, p. 9, párr. 17). En efecto, es indiscutible que la Corte «(...) expresa el derecho existente, y no legisla» (como en la opinión consultiva que estamos comentando se resalta, el párrafo 18), dado que « (...) solo le compete desempeñar su función judicial normal cerciorándose de la existencia o de la no existencia de los principios y normas jurídicos aplicables» (*ibidem*). Pero, si ésta es su «función judicial normal», y si debe desempeñarse de conformidad con el principio *jura novis curia*, ¿no es una verdadera abdicación admitir que no se puede indicar el régimen jurídico aplicable a una determinada actividad, no poder aclarar lo que es lícito o ilícito, lo que está permitido y lo que está prohibido?

Sin embargo, si examinamos la situación más detenidamente, este término medio, en realidad, no es tal y el *non liquet* es aparente.

El término medio consistiría en lo siguiente: al enfrentarse a dos tesis opuestas, según una de las cuales amenazar con el empleo de armas nucleares o emplearlas es siempre ilícito y, según la otra, permitirlo en determinadas circunstancias excepcionales es posible, la Corte no acepta ninguna de las dos, argumentando que el estado del derecho y de los hechos no le permite juzgar cuál de ambas tesis es correcta y cuál es errónea. Esta respuesta es hábil, sin duda, aunque es muy decepcionante y sorprendente (en efecto, de un juez se espera que sepa «hacer derecho»); pero, ¿se trata, en realidad, de una respuesta que no condena ni apoya a ninguna de las dos partes? ¿Toma la Corte realmente una posición equidistante, decepcionando en igual medida a todos? En mi opinión, está claro que no. Y paso a explicar por qué.

El mero hecho de que, por el motivo que fuere, la Corte no haya decidido que el arma nuclear está siempre prohibida implica, a mi entender, que los partidarios de la ilegalidad han fracasado, por decirlo así, en un cien por ciento; de hecho, su objetivo, era precisamente obtener de la Corte lo que no obtuvieron, a saber: que se proclamase que los Estados nucleares no tienen derecho, cualesquiera que sean las circunstancias, a emplear las armas que poseen. A la inversa, dado el simple hecho de que la Corte no resolvió que está prohibido en todos los casos amenazar con recurrir a armas nucleares o emplearlas, los partidarios de la licitud —quienes, cabe recordar, suelen ser los poseedores de estas armas— han ganado en el fondo: su deseo fundamental se realiza plenamente (que su política de disuasión nuclear no sea considerada *hic et nunc* ilegal).

Lo mismo sucede con la teoría del *non liquet*. Para creer que, en realidad, la Corte no ha contestado a la pregunta planteada, hay que dejarse engañar demasiado por las apariencias. Es cierto que los términos «(...) la Corte no puede llegar (...) a la conclusión definitiva de que la amenaza o el empleo de armas nucleares es lícito o ilícito (...)» dejan la pregunta sin respuesta, pero solamente en la medida en que ésta se formula en términos de licitud (o de «autorización», según los términos de la Asamblea General)⁶. Por el contrario, estos términos responden claramente, y por la negativa, a una pregunta que se planteó así: «¿Puede la Corte

⁶ Recuerdo que la pregunta está planteada de esta forma en la resolución 49/75K de la Asamblea General del 15 de diciembre de 1994: «¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?».

afirmar que amenazar con emplear armas nucleares o emplearlas está siempre prohibido?»⁷. La opinión pública internacional no se equivoca: todos sabemos que a las potencias nucleares agradó no poco leer el texto de la opinión consultiva, mientras que, para los partidarios de la ilegalidad, la decepción fue más que cruel⁸. Si consideramos el caso más allá de las apariencias, ¿podemos realmente hablar de *non liquet*?

2. Tengo que admitir que, entre las incontables críticas que los jueces han podido formular contra la Corte (con respecto a lo que *realmente* resolvió, obviamente), la más impresionante y sustancial, en mi opinión, es una de las presentadas por el juez Shahabuddeen. Este juez se sorprende porque la Corte, por un lado, reconoce que las armas nucleares tienen un poder destructor que no puede delimitarse exactamente en el espacio ni en el tiempo, y que es capaz de aniquilar toda la civilización, así como todo el ecosistema del planeta (párrafo 17 de la opinión); pero, por otro lado, asigna el papel esencial de su razonamiento (cuya conclusión es, como hemos visto, negarse a apoyar la tesis de la ilegalidad en todas las circunstancias) al «derecho fundamental que tiene cualquier Estado a sobrevivir y, por consiguiente, su derecho a recurrir a la legítima defensa ... cuando esté en juego su supervivencia» (párrafo 96 de la opinión). «De todas formas, parecería curioso, —observa el juez Shahabuddeen, en un *understatement* descollante— que una corte mundial se sienta obligada por ley a llegar a la conclusión de que un Estado tiene derecho, aunque sea en pocos casos, a destruir el planeta» (página 34 del dictamen disidente).

⁷ A la luz de estas observaciones y habida cuenta del hecho (excepcional) de que los catorce jueces se expresaron todos individualmente, no puedo resistirme a la tentación de aventurarme a imaginar, por pura especulación basada en la interpretación del dictamen de cada uno de ellos, cuál podría haber sido el resultado si se hubiera sometido a votación por separado una cuestión formulada como sigue: «Amenazar con emplear armas nucleares o emplearlas, ¿está siempre prohibido o podría no estarlo en un caso extremo de legítima defensa en que esté en juego la existencia misma del Estado?». Mis cálculos me hacen pensar que hubiera habido cinco votos a favor de la prohibición total (Ranjeva, Herczegh, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma), tal vez seis (Ferrari Bravo), contra ocho votos a favor de la prohibición «condicional» (Bedjaoui, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Schwebel, Oda, Guillaume, Higgins), tal vez nueve (Ferrari Bravo).

⁸ No debe olvidarse señalar en este contexto el papel que desempeña el párrafo 2)F de la parte dispositiva (y los párrafos 98 al 103 de la Opinión), en que la Corte afirma que hay una verdadera obligación de los Estados de entablar negociaciones que lleven a un futuro desarme nuclear, obligación cuyo alcance y cuyos efectos jurídicos no quedan claros. Evidentemente, el juez responde de este modo a una pregunta que nadie le había planteado; ahora bien, dejando de lado los aspectos formales (¿se trata de un caso de *ultra petita*?; ¿se aplica este concepto a los procedimientos de consulta?), cabría preguntarse si la Corte no ha tratado, en cierto modo, de dorar la píldora para los partidarios de la ilegalidad.

Es cierto: más que «curioso» sería absurdo que el derecho —cuya función esencial debería ser, como se enseña por lo general, posibilitar la coexistencia y la cooperación de los sujetos a los que se dirige— legitimara una acción que llevaría a la destrucción de la sociedad a la cual se supone que rige, es decir, dando permiso a un miembro de la sociedad, por el motivo que fuere, para eliminar *in radice* la posibilidad misma de la coexistencia y de la cooperación. Sin embargo, se plantea el problema de saber si realmente el derecho (y el derecho internacional en particular) debe ser lógico y coherente: en otras palabras, saber si un derecho contradictorio deja de ser, por ello, un «derecho». En el curso general de Derecho Internacional Privado que, el año 1961, impartió en la Academia de La Haya, el profesor Wengler propuso, a este respecto, una reflexión sorprendente cuando recordó lo que sucedía hasta hace muy poco tiempo con muchos órdenes jurídicos en cuyos derechos penales se prohibía el duelo, mientras que en los derechos militares se castigaba severamente al oficial que se negaba a batirse en duelo, y se le condenaba a perder su honor y su graduación, así como corría el riesgo a ser expulsado de la carrera, aunque no encarcelado; mientras que quien aceptaba batirse en duelo era encarcelado, pero con su honor militar íntegro.

Quiero decir con esto que, por más importantes que sean los argumentos esencialmente lógicos (es decir, basados en la necesidad de que haya una «coherencia del sistema» y que giran alrededor del «principio de no contradicción»), difícilmente pueden ser considerados como definitivos y exhaustivos si hay otras disposiciones normativas específicas en las que se estipule exactamente lo contrario. Cuando existen disposiciones de esta índole, el hecho de tener que calificarlas, llegado el caso, como incoherentes, nefastas e inmorales permite ciertamente combatirlas (es decir, emprender, con todos los medios disponibles, la lucha para modificarlas o abolirlas), pero no autoriza a hacer caso omiso de ellas. En el ámbito del derecho, al igual que en otros ámbitos, nunca es meritorio negar por malo algo que existe: de otro modo, se trata de una mistificación.

Saldré de las generalidades para tratar el tema central de la Opinión consultiva. Por supuesto, es esencial poner de relieve —como lo hace, por lo demás, la Corte (párrafo 2)E, apartado 1 de la parte dispositiva)— que recurrir, eventualmente, a las armas nucleares estaría en clara contradicción con toda una serie de grandes principios del derecho internacional humanitario. Pero esta comprobación no es suficiente para concluir que existe una prohibición absoluta en el derecho para el caso de un grupo muy significativo de Estados (las potencias nucleares y los Estados bajo tutela «disuasoria» de las mismas) que han establecido, por un lado y a sabiendas de todos, temibles sistemas de persuasión nuclear; y que, por otro lado, no solamente se han negado a aceptar una prohibición conven-

cional concreta, sino que se han opuesto también de modo coherente y persistente⁹ a que se estipule y se consolide una norma de derecho internacional general con un contenido específico de este tipo (párrafo 2)B de la parte dispositiva). Esto es tanto más significativo cuanto que es cierto que muchos otros Estados han tenido que terminar aceptando la actitud de las potencias nucleares¹⁰.

En resumen, si la situación es realmente la que nos presenta la Corte, es inevitable concluir que el orden jurídico internacional es particularmente contradictorio, está mal hecho y es criticable; cabe, pues, luchar para lograr lo antes posible la coherencia del sistema, de conformidad con los principios de derecho humanitario y con su aplicación categórica y universal. Por el contrario, pretender que el derecho es mejor de lo que realmente es, sirve tan solo para alimentar ilusiones tranquilizadoras pero que no se corresponden con la realidad, y se corre el riesgo (como sucede siempre con la mistificación) de que causen mucho daño: se estaría dando el legislador internacional una especie de *satisfecit* que —hay que decirlo sin ambages— no merece de modo alguno.

3. Dejando de lado ahora el perfil central del que nos hemos ocupado hasta aquí, conviene observar que la Opinión consultiva de 1996 es la segunda contribución importante de la Corte Internacional de Justicia a la definición de los principios de *jus ad bellum* y de *jus in bello* en materia de amenaza y de uso de la fuerza, después del fallo de hace diez años sobre la *Cuestión de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta* (sin contar el viejo y querido *Estrecho de Corfú* de hace casi medio siglo). La idea según la cual las cuestiones relativas al uso de la fuerza no corresponderían al ámbito de acción de la justicia internacional (Virally) empieza a ser desmentida seriamente, y más aun si pensamos en otras cuestiones pendientes ante la Corte, en particular, las de Irán/Estados Unidos y Bosnia/Serbia.

⁹ En mi opinión, el vicepresidente Schwebel está en lo cierto cuando destaca (pp. 1 y 2 de su dictamen disidente) que la situación no tiene nada en común con la del «*persistent objector*», tratándose de una postura y una práctica «(...) de cinco de las mayores potencias del mundo, de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, apoyados significativamente durante casi 50 años por sus aliados y otros Estados que se amparan bajo su tutela nuclear».

¹⁰ Tengo que agregar que no considero el principio «*Lotus*» como pertinente para este debate (al igual que el de «*persistent objector*»; *supra*, nota 9). En efecto, la cuestión no es saber si hay que pensar en el axioma clásico «está permitido todo lo que no está prohibido». El verdadero problema que se plantea es el siguiente: ¿puede la norma de derecho internacional nacer y relacionar a grupos integrados por Estados contra su voluntad?

Desde el punto de vista del *jus ad bellum* (o del «derecho de Nueva York», como me gusta llamarlo), la opinión de la Corte es digna de ser destacada en muchos aspectos.

En primer lugar, porque la Corte, fundándose en la comprobación de los principios y las disposiciones de la Carta relativos a la prohibición de amenazar o recurrir a la fuerza y al derecho de legítima defensa no se refieren a arma alguna en particular, establece que se aplican a todo uso de fuerza, cualquiera que sea el arma empleada. Por consiguiente, también el arma nuclear (párrafo 2)C de la parte dispositiva). Esto implica, en particular, que su eventual empleo en legítima defensa esté sujeto a las condiciones de necesidad y de proporcionalidad. Habida cuenta de la conclusión general (o «no conclusión») a la que llegará la Corte, el establecimiento de este punto adquiere una importancia especial a causa de las graves restricciones que deberían derivarse a nivel del *jus ad bellum*, por el mismo hecho de la gravedad y del alcance excepcional que tendría la «fuerza» en cuestión. Está claro que las condiciones de necesidad y de proporcionalidad hacen que solo pueda considerarse el empleo del arma nuclear en legítima defensa frente a un ataque de gravedad comparable, que no pueda neutralizarse por ningún otro medio.

La opinión es destacable también porque la Corte relaciona correctamente la amenaza con el empleo de la fuerza, observando que cada vez que se prohíbe el empleo de la fuerza también se prohíbe amenazar con ella (párrafos 47 y 48 de la opinión). Dicho de otra forma, la disuasión nuclear¹¹ solo podría ser legal en las situaciones en que, en legítima defensa, no esté prohibido el empleo del arma nuclear.

Por último y sobre todo, la opinión es destacable porque la Corte tiene la oportunidad de manifestar su preocupación con respecto a que el derecho de Nueva York se coordine con el derecho de Ginebra hasta, por decirlo de alguna forma, incorporarlo: en efecto, en los párrafos 39 y 42 de la Opinión (así como el párrafo 2)D de la parte dispositiva), la Corte resalta que las condiciones que hacen que el empleo de la fuerza en legítima defensa se avengan con el derecho internacional no son solamente las estipuladas explícita o implícitamente en la Carta. Un arma prohibida en el derecho de la guerra, o el hecho de recurrir a la fuerza sin sujeción a las disposiciones del derecho internacional humanitario, no se convertirían en lícitos porque en la Carta se considere como legítimo el

¹¹ Que debe entenderse como, además de la posesión material del arma nuclear, la intención declarada de utilizarla en tal o cual caso.

objetivo perseguido. Por primera vez, se refrenda claramente en la jurisprudencia el principio clave según el cual el derecho internacional humanitario debe ser respetado del mismo modo por todas las partes en conflicto, sin tomar en consideración la *causa belli* (es decir, por lo que se refiere a la cuestión de saber si se trata de un *bellum justum* o *injustum* según el derecho de Nueva York). Sin embargo, podría parecer que se contradice esta afirmación —y eso es muy lamentable— en las consideraciones finales de la opinión, como indicaré más adelante.

4. Todos los que se interesan por el derecho de los conflictos armados no pueden sino alegrarse, a pesar de todo, viendo cómo este capítulo del derecho internacional (que muy a menudo ha sido considerado por muchos juristas no solo con suficiencia sino con desconfianza) se convierte en el centro de atención de la Corte y de los jueces que la integran. A este respecto, dejemos también de lado el perfil central que hemos abordado al principio y examinemos algunos de los *dicta* más significativos. En mi opinión (y sin perjuicio de un estudio más analítico que no puede llevarse a cabo en este artículo), hay cuatro que merecen explicitarse.

El primero se refiere a la comprobación de que el *corpus* del derecho internacional humanitario, tal como figura en los grandes convenios que lo codifican, es la parte esencial del derecho internacional general y consuetudinario. Así, con respecto a «*gran número de normas de derecho humanitario*», la Corte observa (párrafo 79 de la Opinión) que las mismas «se imponen (...) a todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que las expresan»¹². Más adelante (párrafo 82), la Corte habla de «un cuerpo de normas convencionales *de las que la gran mayoría*¹³ ya había llegado a ser consuetudinaria» cuando se codificaron, punto de vista que ha de tenerse en cuenta en el muy actual debate sobre el derecho humanitario consuetudinario; en particular, el Comité Internacional de la Cruz Roja (que sabemos ha sido encargado por la comunidad internacional de catalogar la costumbre a este respecto) debe considerarlo como un aliciente importante, en el sentido de la muy amplia correspondencia existente entre derecho codificado y derecho general, incluso por lo que se refiere al Protocolo adicional de 1977 (párrafo 84 de la Opinión).

Segunda cuestión: estas normas fundamentales del derecho humanitario son calificadas por la Corte como «principios *intransgredibles* del derecho

¹² Cursiva agregada.

¹³ Cursiva agregada.

internacional consuetudinario» (párrafo 79)¹⁴. Esta innovación terminológica no brilla ciertamente por su claridad. Sin embargo, cabe dudar que la Corte haya querido indicar simplemente, como podría hacerlo creer una interpretación literal de la palabra, que los principios en cuestión no deben ser transgredidos: en realidad, esto sucede con cualquier norma jurídica en la que se estipule una obligación. El tono solemne de la frase y su giro muestran que la Corte quiere proclamar algo más incisivo y significativo, sin duda con objeto de acercar las normas fundamentales así calificadas al *jus cogens*. Digo acercamiento al *jus cogens*, y no equiparación, porque la Corte dice claramente un poco más adelante (párrafo 83) que cree no poder tomar una resolución con respecto a saber si se trata de normas imperativas: lo que, por otra parte es perfectamente discutible por muchas razones¹⁵. En su concepción, pues, «intransgredible» no significa «imperativo», sino algo parecido, como el presidente Bedjaoui da a entender en el párrafo 21 de su declaración. Probablemente —pero ésta es mi interpretación personal— se trata de hacer hincapié en el concepto fundamental refrendado en el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949 (y reproducidos en el artículo 1, párrafo 1 del primer Protocolo de 1977), de conformidad con el cual no se puede alegar circunstancia alguna que justifique la exclusión de ilicitud de los comportamientos que están en contradicción con los principios en cuestión¹⁶. Dicho de otra forma, las circunstancias que excluyen la ilicitud, que son comunes en otros sectores del orden jurídico internacional (como el consentimiento de la víctima, la legítima defensa, las contramedidas o el estado de necesidad), no pueden invocarse para este caso en particular.

Tercera cuestión: el arma nuclear está sujeta no solamente al *jus ad bellum*, sino también al *jus in bello*, y al derecho humanitario en particular (párrafo 2)D de la parte dispositiva). Se trata de un principio en el que la Corte insiste mucho (párrafos 85 a 89 de la Opinión) y no olvida señalar que nadie, incluidas las potencias nucleares, ha pretendido lo contrario

¹⁴ Cursiva agregada.

¹⁵ En efecto, si los principios en cuestión pertenecen al *jus cogens*, no pueden ser derogados por tratado alguno; en este caso, las normas convencionales relativas a las armas nucleares no deberían haber sido consideradas con prioridad, como hizo la Corte (y como se indica abiertamente en el párrafo 74). De todas formas, me parece más que evidente que la determinación de la índole imperativa, o no, de las normas de derecho humanitario pertinentes al caso debería haber desempeñado un papel esencial en el análisis de la Corte.

¹⁶ Véase, a este respecto, L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes, «Quelques remarques à propos de l'obligation des États de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire en toutes circonstances» en Swinarski (editor), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers/CICR, Ginebra-La Haya, 1984, p. 17 y siguientes.

ante ella. Pero, si el derecho humanitario es aplicable a las armas nucleares, ¿cuáles son entonces las consecuencias de esto, dado que, habida cuenta de sus características únicas, «efectivamente, su empleo no parece, en absoluto conciliable con el cumplimiento de estos requisitos»¹⁷? Como sabemos, es exactamente aquí donde la Corte interrumpe la progresión de su razonamiento y admite que no puede llegar a una conclusión definitiva con respecto a la legitimidad o ilegitimidad. El callejón sin salida se debe, según la Corte, no solamente al estado de incertidumbre de los hechos (¿puede existir realmente un arma nuclear «limpia» con efectos «limitados»?), sino también al estado cambiante y ambiguo del derecho. Está claro que la Corte quiere hacer alusión a las disposiciones jurídicas específicas, de las que ya he evocado la clara incoherencia con las normas fundamentales del derecho humanitario.

Según la Corte, pues, los principios de derecho humanitario, a pesar de su contenido «intransgredible» y que «no parece (...) en absoluto conciliable», no bastan para justificar la prohibición del arma nuclear a la vista de las demás disposiciones jurídicas específicas (que, a su vez, no bastarían para ser el fundamento de una conclusión opuesta). Sin embargo, todo esto no implica que el arma nuclear quede eximida del cumplimiento de los requisitos humanitarios. Esta es la cuarta y última cuestión que hay que destacar. En realidad, la Corte asigna a los requisitos

¹⁷ La Corte, sin haber llevado a cabo investigaciones minuciosas, lo admite *de plano*, en el párrafo 95 de la Opinión y en el párrafo 2)E, apartado 1 de la parte dispositiva, convencida muy seguramente (¡y con razón!) de la índole intrínsecamente catastrófica del arma nuclear y de la imposibilidad de delimitar sus devastadores efectos en el espacio y en el tiempo (párrafo 35 de la opinión). Ahora bien, el juez Higgins considera muy criticable esta conclusión intermedia. Para él, la Corte no habría debido ampararse en las generalidades y en la aproximación. Debería haber estudiado detenidamente las disposiciones específicas del derecho humanitario. En particular, el juez Higgins pone de relieve las disposiciones en que, con tal de que el ataque esté dirigido contra los combatientes (y no contra la población civil), se califican como «superfluo» el daño causado a los combatientes y «excesivos» los daños colaterales sufridos por las personas civiles, no en el sentido absoluto de los términos (es decir, en función exclusivamente de su amplitud), sino en función de la relación de proporcionalidad con los objetivos legítimos de la acción militar (por ejemplo, rechazar al agresor) y con el beneficio militar esperado. Un estudio de este tipo habría llevado, sin duda, a que la Corte, según el dictamen examinado, concluyese que «in the present stage of weapon development, there may be very limited prospects of a State being able to comply with the requirements of humanitarian law», en caso de empleo del arma nuclear (párrafo 26 del dictamen disidente); esta posibilidad, sin embargo, no podría excluirse categóricamente y *a priori*. Como vemos, el intento (muy hábil, a fin de cuentas, aunque completamente desesperado, si es verdad que el arma en cuestión tiene las características y los efectos descritos por la Corte) es de «conciliar lo inconciliable», a saber, el derecho humanitario y el arma nuclear. Por lo que a mi respecta, considero que, por los motivos que he expuesto, hay que denunciar la clarísima contradicción existente a este respecto dentro, incluso, del orden jurídico internacional.

humanitarios la función de contribuir¹⁸ a limitar al máximo la determinación de las situaciones en las que el empleo del arma nuclear *podría* ser lícito: se trataría solamente de las situaciones en «una circunstancia extrema de legítima defensa en la que esté en juego su supervivencia misma» (párrafo 97 de la opinión y párrafo 2)E, apartado 2 de la parte dispositiva). La Corte centra su razonamiento en lo que llama el «derecho fundamental de todo Estado a la existencia». Un derecho del que nunca habíamos oído hablar antes¹⁹, pero del que seguramente se hablará mucho en el futuro. Es de lamentar que la Corte no aclare ni delimite de algún modo este derecho.

5. Es absolutamente necesario tratar de definir este «derecho a la existencia» al que la Corte parece atribuir el increíble poder de hacer *posible* (si no *probable*) la legalización del arma nuclear, a pesar de que, a causa de sus efectos apocalípticos, el hecho de recurrir a un arma de esta índole «sería generalmente contrario, (...) a los principios y las normas del derecho humanitario» (punto 2)E, apartado 1 de la parte dispositiva). Este planteamiento suscita grandes preocupaciones por lo que se refiere a las nefastas consecuencias que para el derecho humanitario tendría cierta interpretación de la opinión de la Corte.

Es cierto que la intención de la Corte era de por sí loable: se trataba de ser lo más restrictivos posible en cuanto a la definición de las situaciones en que no podría prohibirse el empleo del arma nuclear. Puesto que no creía que podía proclamar la prohibición absoluta, la Corte manifiesta que tal vez no abarque solamente una situación totalmente extrema. Pero entonces, con respecto precisamente a la situación tal como está planteada, la opinión nos lleva ineluctablemente a plantear preguntas muy delicadas: si el «derecho a la existencia» puede llegar a justificar el empleo del arma más terrible e inhumana, ¿por qué no justificaría también, y aun con más razón, violaciones menos graves del derecho humanitario, especialmente por parte de un Estado que corre peligro de muerte y no puede recurrir a la opción nuclear? En resumidas cuentas, ¿debemos admitir que, en caso «de legítima defensa extrema», el *jus ad bellum* libera, por lo menos en cierta medida, de la obligación de respetar el *jus in bello*, en flagrante contradicción con la *Grundnorm* del derecho humanitario, según la cual éste debe ser respetado en todas las circunstancias, sea cual fuere

¹⁸ Ténganse en cuenta los principios del *jus ad bellum* en materia de legítima defensa, de los que ya aclaramos el cometido limitativo, en especial gracias a la condición de la proporcionalidad.

¹⁹ Lo que subraya el juez Ranjeva en su dictamen individual, p. 6.

la *causa belli*? ¿Debemos dar a todo Estado criminal la posibilidad de esgrimir el argumento del «derecho a la existencia» para rehabilitarlo tras sus crímenes contra el derecho humanitario?

Desde este punto de vista, la opinión (y, más específicamente, su parte dispositiva en el párrafo 2)E, apartado 2) parece especialmente carente, defectuosa y preocupante. En vez de asignar un papel fundamental al «derecho a la existencia» para tratar de justificar su indecisión en cuanto a la legitimidad o ilegitimidad del arma nuclear, habría sido mejor que la Corte hubiese explicado que sus palabras se fundan principal, si no exclusivamente, en las disposiciones normativas específicas relativas específicamente al arma nuclear, y que desembocan, llegado el caso, en un régimen de excepción. En efecto, admitir la posibilidad de una *lex specialis* en materia únicamente de armas nucleares es sin duda alguna infinitamente menos pernicioso que reconocer a los Estados el derecho a la existencia en perjuicio de los principios del derecho humanitario.

Afortunadamente (es un pobre consuelo, no obstante), el texto de la opinión, en especial el párrafo 96, se presta a una interpretación bastante distinta de la que parece autorizar la parte dispositiva tomada por separado: el «derecho a la existencia» sería más bien una especie de *ratio*, de motivo que justifica la derogación impuesta al derecho humanitario en materia de armas nucleares, y no su verdadera fuente jurídica. Ésta se establecería a partir de disposiciones normativas específicas, como las que recuerda la Corte en el segundo apartado del párrafo indicado, a saber, por un lado, la «práctica llamada ‘política de disuasión’ a la que se ha adherido gran parte de la comunidad internacional durante años» y, por otro lado, la práctica convencional relativa al arma nuclear. Por lo que se refiere al desafortunado silencio en la parte dispositiva con respecto a estos temas, párrafo 2)E, la advertencia que figura en el párrafo 104 de la opinión²⁰ desactiva considerablemente su impacto negativo.

²⁰ La Corte indica que su respuesta a la cuestión de la Asamblea General «(...) se basa en la totalidad de los motivos que expuso *ut supra* (párrafos 20 a 103)»; y resalta después que: «Algunos de estos motivos no son de tal índole que sean objeto de conclusiones formales en el párrafo final de la opinión; pero no por esto —al parecer de la Corte— carecen de importancia».