

La Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del empleo de armas nucleares

por **Éric David**¹

1. A la vista de las 51 opiniones de la Corte de La Haya (28 de la Corte Permanente de Justicia Internacional y 23 de la Corte Internacional de Justicia), pocas dudas caben de que las dos opiniones del 8 de julio de 1996, tras solicitud de la Asamblea Mundial de Salud de la OMS y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, son hitos en la historia de la Corte, si no sencillamente en la historia.

Nunca se había solicitado a la Corte zanjar un problema jurídico situado en el meollo de las relaciones internacionales de los últimos 50 años y que supone, como dijo el vicepresidente señor Schwebel, «*a titanic tension between practice and legal principle*»². Tarea delicada e ingrata porque, sobre la base del problema particular de la legalidad del empleo o de la amenaza del empleo de armas nucleares, la Corte había

Éric David es profesor en la Universidad Libre de Bruselas (Bélgica); es el autor de la obra *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, 1994, galardonada con el Premio Paul Reuter 1994.

Original: francés.

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

¹ El autor de este comentario era integrante de los Consejos de Gobierno de las Islas Salomón para las dos solicitudes de opinión consultiva. Huelga decir que las opiniones expresadas son puramente personales y no necesariamente el punto de vista del Gobierno de las Islas Salomón.

² Corte Internacional de Justicia, *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de julio de 1996 (en adelante, «Opinión»), dictamen disidente del señor Schwebel, p.1. Puesto que la Opinión consultiva aún no había sido publicada en el *Recueil* de la Corte, cuando se escribió este artículo, las referencias indicarán sea los números de párrafo de la opinión, sea los números de la página, en la versión multicopiada de la opinión, donde figuran las declaraciones, los dictámenes individuales y disidentes de los jueces.

de pronunciarse sobre la validez de un comportamiento que, por haber sido hipotético, desde lo de Hiroshima y Nagasaki, no deja de ser el fundamento de la política de defensa de las más grandes Potencias del planeta.

La Corte ha emitido, pues, dos opiniones —o, más bien, una opinión y una negativa de opinión— que debían conciliar a todos, pero que indudablemente no satisficieron a nadie, ¡comenzando por los mismos jueces³!

2. Recordemos que, el 14 de mayo de 1993, la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS planteó la siguiente cuestión a la Corte:

«Habida cuenta de sus efectos en la salud y el medio ambiente ¿constituiría el empleo de armas nucleares por un Estado en una guerra u otro conflicto armado una violación de las obligaciones que le impone el derecho internacional, inclusive la Constitución de la OMS?⁴».

Un año más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre la cuestión:

«¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?⁵».

3. Los argumentos a favor y en contra de la licitud del empleo y de la amenaza de empleo de armas nucleares fueron desarrollados ampliamente durante las fases escritas y orales del procedimiento⁶. Cabe recordar que los Estados favorables a la licitud del empleo —en particular, Estados Unidos, Reino Unido y Francia⁷— impugnaron, al comienzo, la competencia de la Corte para responder a una u otra solicitud de opinión, habida cuenta —según ellos—, por una parte, de la incompetencia de la OMS para presentarla y, por otra, en el caso de la Asamblea General de la ONU, de la índole confusa y contraproducente de esa solicitud para el desarme. En cuanto al fondo, esos Estados pusieron de relieve:

— la ausencia de prohibición expresa del empleo de esas armas;

³ Dictamen individual Guillaume, párr.1.

⁴ Resolución WHA 46.40 del 14 de mayo de 1993.

⁵ A/Res. 49/75K, del 15 de diciembre de 1994.

⁶ A favor de la licitud, véanse, entre otras, las exposiciones escritas y orales de Estados Unidos, Francia, Reino Unido y de la Federación de Rusia; en contra de la licitud, véanse entre otras, las de Egipto, Islas Salomón, Malasia, Naurú.

⁷ Véanse las declaraciones escritas y orales de esos Estados y la respuesta de la Corte, Opinión, párrs. 10-19.

- la imposibilidad de extraer una *opinio juris* de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, por la que se condene el empleo de esas armas, ya que tales resoluciones, lejos de ser aprobadas unánimemente, siempre han tropezado con la oposición resuelta de una parte considerable de la comunidad internacional, principalmente los Estados del grupo occidental;
- la práctica de la disuasión aceptada por toda la comunidad internacional y que supone el reconocimiento implícito de la legalidad del recurso a las armas nucleares;
- las declaraciones de ciertas Potencias nucleares, en el respectivo acto de adhesión a los tratados de Tlatelolco y de Rarotonga, de que se reservan el derecho a recurrir a las armas nucleares en caso de agresión, y ello sin objeción de los demás Estados Partes;
- el derecho del Estado agredido a utilizar las armas nucleares en nombre de la legítima defensa.

Para los adversarios de la licitud del empleo de las armas nucleares, la Corte debía responder a dos solicitudes de opinión: la OMS se ocupaba del asunto de las armas nucleares desde 1983, y la cuestión planteada sí entraba en el marco de sus actividades; además, en el sentido del artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, ambas cuestiones eran jurídicas y era pertinente que la Corte respondiera a la cuestión; por lo que atañe al fondo, es clara la ilicitud del empleo de armas nucleares con fines hostiles, habida cuenta de los efectos que producen:

- resulta casi imposible utilizar esas armas contra objetivos militares sin causar simultáneamente ingentes daños, tanto a la población civil de las partes en conflicto como a las de los países ajenos al teatro de la guerra; no hay fronteras para las radiaciones, la impulsión electromagnética y el polvo radiactivo; esas armas producen, evidentemente, efectos indiscriminados y atentan contra la integridad territorial de terceros Estados y contra las normas de la neutralidad;
- toda huella de vida humana desaparece, sin escapatoria alguna posible, en un radio que —según la importancia del explosivo, del lugar de su empleo y de las condiciones topográficas y climáticas locales— puede variar de varios cientos de metros a varias decenas de kilómetros (en el caso de ciertas megabombas) a partir del punto de impacto; además, los supervivientes expuestos a la explosión o a sus radiaciones pueden, según sea la explosión, sea morir en un lapso que varía de entre unos minutos y varios años, sea conservar las secuelas, y especialmente sufrir irreversibles modificaciones genéticas; las armas

que producen tales efectos son, pues, equiparables a las que son mortales de necesidad y que causan males superfluos; presentan, además, características como equiparación con las armas y los gases tóxicos, y pueden causar un verdadero genocidio;

- los servicios de socorro existentes, si no resultan destruidos, no pueden desempeñar su cometido en favor de las víctimas, habida cuenta de la amplitud y la especificidad de los daños sufridos por esos servicios; en ese sentido, esas armas atentan también contra la inviolabilidad de los servicios sanitarios⁸.

4. No nos extenderemos en cuanto a los detalles de esos argumentos. Recordemos solamente que, por lo que atañe a la solicitud de opinión de la OMS, la Corte se negó a responderla, tras considerar que la cuestión no se refería a problemas jurídicos planteados por lo que respecta a las actividades de esa organización, como se dispone en el artículo 96, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas⁹.

En cambio, la Corte aceptó responder a la cuestión planteada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, desestimando así las excepciones de incompetencia y de no admisibilidad interpuestas por varias Potencias nucleares. En el fondo, llegó a la conclusión, tras una votación de 7 votos contra 7, por voto decisivo del presidente, de que el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares viola, en principio, el derecho de los conflictos armados. Sin embargo, añade que no sabe si esos comportamientos serían aún ilícitos en la hipótesis de que se basen en la legítima defensa y sean necesarios para la supervivencia del Estado.

5. Tanto la negativa a responder a la solicitud de opinión presentada por la OMS como la opinión dada a la Asamblea General son extremadamente ricas en lo jurídico y podrían dar lugar a cientos de páginas de comentarios. Habida cuenta del lugar asignado a las presentes observaciones, éstas se limitan a ciertos aspectos de la opinión sobre el fondo, o sea:

- la negativa opuesta por la Corte a ciertos argumentos de ilegalidad del empleo de armas nucleares (I);
- la ignorancia de la Corte acerca de la ilegalidad de ciertos empleos de las armas nucleares (II).

⁸ Para referencias relativas a esos diversos argumentos, véase É. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 295 y ss.

⁹ Corte Internacional de Justicia, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, opinión del 8 de julio de 1996 (OMS), párrs. 20 y ss.

I. La negativa opuesta por la Corte a ciertos argumentos sobre la ilegalidad del empleo de las armas nucleares

6. Entre los argumentos opuestos a la licitud del empleo de armas nucleares, la Corte descartó los basados en la prohibición de emplear armas químicas o tóxicas¹⁰. La Corte constata, efectivamente, que la Convención del 13 de enero de 1993 por la que se prohíben las armas químicas fue negociada y aprobada «en su propio contexto y por sus propias razones¹¹». Recuerda que, durante las negociaciones anteriores a la aprobación de ese instrumento, nunca se trató el asunto de las armas nucleares y que, por lo tanto, sería abusivo buscar en ella la fuente de una prohibición de la amenaza o del empleo de las armas nucleares.

Este razonamiento es correcto, ya que refleja la realidad. En cambio, hay más escepticismo cuando la Corte dice que el artículo 23 a) del Reglamento de La Haya de 1907 (por el que se prohíbe el empleo de veneno o armas envenenadas) y el Protocolo de Ginebra de 1925 (por el que se prohíbe el empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos) no son aplicables a las armas nucleares. Porque en esos textos no se define lo que ha de entenderse por «armas envenenadas» y por «materias o procedimientos análogos» (Protocolo de 1925); además, según la Corte, la práctica de los Estados demuestra que «esos términos han sido entendidos en su sentido ordinario de que se aplican a las armas cuyo *efecto primero, si no exclusivo*, es envenenar o asfixiar¹², y no de que se aplican a las armas nucleares¹³.

7. Nos dejan perplejos los dos aspectos de la objeción: se contradice la afirmación de que la «práctica» de los Estados excluye las armas nucleares del ámbito de aplicación del Protocolo de Ginebra de 1925 y del artículo 23 a) del Reglamento de la Haya de 1907 en la resolución 1653 (XVI) de 1961, en la que la Asamblea General de la ONU declara —aunque en términos muy generales— que el empleo de las armas nucleares entra en el ámbito, entre otros, de los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, así como del Protocolo de Ginebra de 1925. En todas las resoluciones ulteriores (en 1972 y, varias veces desde 1978) en que la Asamblea General condena el recurso a las armas nucleares¹⁴, recuerda

¹⁰ Opinión, párrs. 54-57.

¹¹ *Ibid.*, párr. 57.

¹² *Ibid.*, párr. 55, el subrayado es nuestro.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ A/Res. 2936 (XXVIII), 29 de noviembre de 1972; 33/71 B, 14 de diciembre de 1978; 35/152 D, 12 de diciembre de 1980, etc.; más recientemente, 50/71 E, 12 diciembre de 1995.

la resolución 1653. Sí existe, pues, una «práctica» que afirma la aplicabilidad de esos instrumentos al empleo de las armas nucleares.

8. La afirmación de que en esos textos solo se prohíben las armas cuyo «efecto *primero, si no exclusivo*, es envenenar o asfixiar» (el subrayado es nuestro) no se funda en elemento preciso alguno.

Al contrario, por una parte, los trabajos preparatorios del Protocolo de Ginebra no confirman, en absoluto, esta interpretación restrictiva, puesto que nada se menciona al respecto¹⁵; por otra, se comprueba que, si en la Declaración de La Haya del 29 de julio de 1899 se prohíbe efectivamente «el empleo de gases *cuya única finalidad* sea propagar gases asfixiantes o deletéreos» (el subrayado es nuestro), muy significativamente esta fórmula no consta en el Protocolo de Ginebra. Ahora bien, si recordamos que en éste se prohíben no solo los «gases asfixiantes, tóxicos o similares», sino también «todos los líquidos, materias o procedimientos análogos» (el subrayado es nuestro), nos damos cuenta de hasta qué punto la letra y el espíritu de ese texto contradicen la estricta interpretación de la Corte de que solo se refiere a las armas cuyo «efecto *primero, si no exclusivo* es envenenar o asfixiar¹⁶» (el subrayado es nuestro).

9. Además, la Corte no es coherente con sus propias comprobaciones: tras observar correctamente que «se considera *particular* el fenómeno de la radiación de las armas nucleares¹⁷» (el subrayado es nuestro), ¿cómo puede luego olvidar que esa radiación, especifica únicamente a las armas nucleares¹⁸, solo afecta a la materia viva, definición que es aplicable a las armas químicas¹⁹?

Sostener que las armas nucleares no son equiparadas con las armas químicas porque también producen explosión y calor ¡significa que basta añadir explosivos a un arma química para que deje de ser química o también, añadir efectos legales a los efectos ilegales de un arma para que ésta deje de ser ilegal!

¹⁵ Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence pour le contrôle du commerce international des armes et munitions et des matériels de guerre*, Ginebra, 4 de mayo-17 de junio de 1925, pp. 13, 161-163, 370-371, 535-549, 603-604, 745-747, 752, 787-789.

¹⁶ Loc. cit., párr. 55.

¹⁷ Loc. cit., párr. 35.

¹⁸ *Étude d'ensemble des armes nucléaires, Rapport du secrétaire général*, doc. ONU A/45/373, 18 de septiembre de 1990, p. 90, párr. 327.

¹⁹ Véase *Chemical and bacteriological (biological) weapons and the effects of their use, Report of the Secretary General*, ONU, Nueva York, 1969, pp. 5-6.

A los Estados que apoyan esta tesis, las Islas Salomón respondieron:

«The logic of this approach is, to say the least, disconcerting; he who does more cannot do less; the greater the destruction the more likely the legality of the weapon. The absurdity of the conclusion is matched only by the absurdity of the reasoning»²⁰.»

Casi al unísono, el juez Weeramantry, en su posición disidente, comprueba que el razonamiento de la Corte significa que *«if an act involves both legal and illegal consequences, the former justify or excuse the latter»²¹*.

10. El razonamiento de la Corte da lugar también a debate, si se compara con la prohibición del empleo de «armas envenenadas» (Reglamento de La Haya, artículo 23 a).

En primer lugar, no se sabe en qué se basa la Corte para decir que el artículo 23 a) se limita a las armas cuyo efecto «primero o exclusivo» es envenenar; ¿en la práctica (supra, párr. 7)?; ¿pero, en cuál? La Corte nada menciona al respecto.

De hecho, no figura en lugar alguno que las armas envenenadas son solo las que liberan veneno sin otro efecto dañino para la víctima, a no ser que se conciba un proyectil envenenado que hiera a la víctima y que, sin embargo, logre, por algún proceso telecinético, inocularle el veneno... Dudamos que los autores del Reglamento de La Haya imaginaran pautas o modos de acción que, en aquella época, habrían sido considerados más bien como ciencia ficción.

Ahora bien, los efectos del arma nuclear resultantes de la radiactividad inicial e inducida son análogos a los del veneno, como reconocieron los círculos científicos²² y los Estados mismos, cuando definieron el arma nuclear como

²⁰ Observaciones escritas acerca de las exposiciones escritas relativas a la solicitud de opinión presentada por la OMS sobre la licitud del empleo de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado, observaciones escritas de las Islas Salomón, 20 de junio de 1995, párr. 4.21 (multicopias).

²¹ Loc. cit., p. 58.

²² M. Lechat, M. Errera y A. Meessen, en *«Dangers pour les populations civiles, de la pollution inhérente à l'emploi des armes nucléaires»*, Actes de la réunion de l'Académie royale de médecine de Belgique, 25 de septiembre de 1982, citados por A. Andries, *«Pour une prise en considération de la compétence des juridictions pénales nationales à l'égard des emplois d'armes nucléaires»*, R.D.P.C., 1984, p. 43; véase también OMS Efectos de la guerra nuclear sobre la salud y los servicios de salud, doc. OMS A/36/12, 24 de marzo de 1983, pp. 12 y 65.

«toda arma que contiene o que está concebida para contener o utilizar un combustible nuclear o isótopos radiactivos y que, por explosión u otra transformación nuclear no controlada o por radiactividad del combustible nuclear o de los isótopos radiactivos, es capaz de destrucción masiva, daños generalizados o *envenenamientos masivos*²³» (el subrayado es nuestro).

Dicho de otro modo, incluso si los efectos principales del arma nuclear son efectos de explosión y de calor, no por ello deja de producir los consiguientes efectos de envenenamiento; está, pues, prohibida en virtud del artículo 23 a) del Reglamento de La Haya como una flecha o una bala venenosa que, a pesar de su efecto principal de herir el cuerpo de la víctima, no deja de liberar veneno, lo que hace que esté prohibida.

11. La Corte descarta también la condenación del empleo de armas nucleares por las resoluciones de la Asamblea General, ya que éstas fueron aprobadas «con un número considerable de votos en contra y de abstenciones»; así, aunque «sean la clara manifestación de una inquietud profunda con respecto al problema de las armas nucleares, no establecen aún la existencia de una *opinio juris* por lo que atañe a la ilicitud del empleo de esas armas²⁴».

Esta conclusión es también muy dudosa. En primer lugar, no se tiene en cuenta el *acuerdo* particular que representan las resoluciones de la Asamblea General para los Estados que las han votado y admiten así, al menos por lo que a ellas concierne, una *opinio juris*. Luego, parece dar por sentado que en las normas clásicas del derecho internacional humanitario enunciadas en esas resoluciones no se prohíbe el empleo de las armas nucleares, puesto que cierto número de Estados se opone: dicho de otro modo, a pesar de que la mayoría de los Estados sostiene esta tesis y ello, especialmente, a causa de las «tensiones que persisten entre, por una parte, una *opinio juris* naciente y, por otra, una adhesión aún fuerte a la práctica de la disuasión²⁵».

Se hace, pues, prevalecer una opinión minoritaria que limita el alcance de las normas antiguas sobre la opinión mayoritaria que da a esas normas el alcance que les corresponde, de conformidad con los mismos textos;

²³ Protocolo II de los Acuerdos de París del 23 de octubre de 1954 sobre el control de los armamentos, Anexo II, en RGDIP. 1963, p. 825.

²⁴ Opinión, párr. 71.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 73.

y ello en nombre de una práctica controvertida, que es la disuasión²⁶. Es tanto menos convincente cuanto que la Corte se contradice luego, cuando afirma que el derecho internacional humanitario rige y... ¡prohíbe el empleo de las armas nucleares (más adelante, II)! Ahora bien, ¿qué es el derecho humanitario sino esas normas mencionadas en las resoluciones, a las que la Corte niega todo efecto?

12. En conclusión, se comprueba que no tiene justificación lógica la negativa de la Corte a equiparar las armas nucleares con las armas químicas o envenenadas. Dígase lo mismo de su negativa a tener en cuenta las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aunque solo sea como acuerdo limitado a los Estados que las han aceptado.

II. La ignorancia de la Corte sobre la ilegalidad de ciertos empleos de armas nucleares

13. Sin embargo, la Corte concluye que, en principio, el empleo de armas nucleares es ilegal, tras comprobar particularmente que:

- esas armas son «potencialmente de índole catastrófica», ya que su «poder destructor no puede detenerse ni en el espacio ni en el tiempo. Esas armas tienen el poder de destruir toda civilización, así como el ecosistema de todo el planeta²⁷»;
- por sus radiaciones, esas armas tienen efectos nocivos para el medio ambiente y las generaciones futuras: «La radiación ionizante puede atentar contra el medio ambiente, la cadena alimentaria y el ecosistema marino en el futuro, y provocar taras y enfermedades en las generaciones futuras²⁸»;
- aunque hay armas nucleares tácticas suficientemente precisas para limitar los riesgos de escalada²⁹, hasta la fecha, ningún Estado ha podido demostrar que un «empleo limitado no conducirá a una escalada tendente a un recurso generalizado a las armas nucleares de gran potencia³⁰»;

²⁶ *Ibid.*, criterio disidente, Shahabuddeen, pp. 25-28.

²⁷ Opinión, párr. 35.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, párr. 43.

³⁰ *Ibid.*, párr. 94; compárese con el párr. 43.

- la novedad de las armas nucleares no excluye que el derecho internacional humanitario sea aplicable a éstas, como reconocieron el Reino Unido, Estados Unidos y la Federación de Rusia³¹;
- la cláusula de Martens confirma la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las armas nucleares³²;
- la neutralidad se aplica «a todos los conflictos armados internacionales cualquiera que sea el tipo de arma utilizada³³»;
- queda prohibido el empleo de «los métodos y medios de hacer la guerra que no permitan distinguir entre objetivos civiles y objetivos militares, o que tengan como efecto causar sufrimientos inútiles a los combatientes». Ahora bien, «habida cuenta de las características únicas de las armas nucleares (...), el empleo de esas armas no se aviene con el cumplimiento de tales exigencias³⁴».

14. Así pues, aunque la Corte llegue a una conclusión, en el párrafo 105 E de su opinión, que se aviene con la tesis de la ilicitud del empleo de las armas nucleares, se palfa inmediatamente ese resultado observando que:

- «no ha de perderse de vista el derecho fundamental de todo Estado a la supervivencia y, por lo tanto, el derecho a recurrir a la legítima defensa, de conformidad con el artículo 51 de la Carta (...)»³⁵;
- «una considerable parte de la comunidad internacional» ha aceptado la política de disuasión³⁶;
- cuando se aprobaron los tratados de Tlatelolco y de Rarotonga, los Estados que tenían armas nucleares se reservaron el derecho de recurrir a esas armas en caso de ser agredidos por un Estado con la ayuda de una potencia nuclear³⁷;
- esos Estados hicieron declaraciones análogas durante la prorrogación del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares (TNP)³⁸.

³¹ *Ibíd.*, párr. 86.

³² *Ibíd.*, párr. 87.

³³ *Ibíd.*, párr. 89.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 95.

³⁵ *Ibíd.*, párr. 96.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

Teniendo en cuenta esta práctica, la Corte llega a la conclusión:

«Habida cuenta del actual estado del derecho internacional, así como de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede llegar, sin embargo, a la conclusión definitiva de que la amenaza o el empleo de armas nucleares es lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado.»³⁹

15. Por 7 votos contra 7, gracias al voto preponderante del presidente, esta sorprendente conclusión del párrafo 105 E de la opinión da —y dará— mucho que hablar⁴⁰. Nos limitaremos a las observaciones siguientes:

1º) Los considerandos en los que se basa principalmente la Corte (más arriba, párr. 13) se refieren a la práctica de las Potencias nucleares por lo que atañe a la disuasión. Ahora bien, en esos considerandos se mezclan dos problemas: el de la posesión de armas nucleares y el de su empleo o de la amenaza de su empleo; aunque la comunidad internacional parezca resignada, en cierta medida, a aceptar la práctica de la disuasión, no por ello ha llegado a utilizar esas armas. Asimismo, aunque las Potencias nucleares se hayan reservado públicamente el derecho a emplear las armas nucleares en ciertos casos hipotéticos, no se puede deducir que la mayoría de los demás Estados haya aceptado ese derecho, puesto que éstos no han cesado de afirmar en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, que ese empleo es ilícito⁴¹. Por supuesto, la Corte no dedujo de esos hechos que son lícitos la amenaza o el empleo de armas nucleares, pero se ha de lamentar, de todas maneras, que los invoque para llegar a la conclusión de que no sabe si, en un caso de legítima defensa, en que esté en peligro la supervivencia del Estado, serían aún ilícitos el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares.

2º) Es tanto más de lamentar esta afirmación de ignorancia cuanto que se fundamenta, además, en el reconocimiento del derecho de legítima

³⁹ *Ibid.*, párr. 105 E.

⁴⁰ Aparte de los jueces Shi y Ferrari Bravo, los demás comentaron en un sentido u otro esa disposición: declaraciones Bejaoui, p. 2, Herczegh, p. 1, Vereshchetin, p. 1; dictámenes individuales Guillaume, p. 3, Ranjera, p. 3, Fleischhauer, p. 3; dictámenes disidentes Schwebel, p. 8, Oda, p. 37, Shahabuddeen, p. 1, Weeramantry, p. 3, Koroma, p. 1, y Higgins, p.1.

⁴¹ Para desarrollos más sustanciales, véanse las observaciones escritas de las Islas Salomón acerca de las exposiciones escritas depositadas, con respecto a la solicitud de opinión consultiva de la OMS, 20 de junio de 1995, párrs. 4.56-4.71 (versión multicopiada).

defensa. Ahora bien, si se afirma que un caso de legítima defensa, por más extremado que sea, podría justificar el empleo de armas nucleares, la Corte está haciendo una peligrosa amalgama entre *jus ad bellum* y *jus in bello*: sugiere que el respeto del segundo podría estar supeditado a una norma del primero. Así, la Corte pone en tela de juicio uno de los principios básicos del derecho de los conflictos armados: el de igualdad de los beligerantes ante el derecho de la guerra⁴². Un resultado tan contrario a la esencia del derecho internacional humanitario conlleva las causas de su invalidez.

3º) Habida cuenta de ciertos considerandos, el segundo apartado del párrafo 105 está plagado de contradicciones: efectivamente, tras haber comprobado que el empleo de armas nucleares puede causar el aniquilamiento de la humanidad⁴³, ¿cómo puede la Corte luego preguntarse si la supervivencia de un Estado agredido podría justificar el empleo de un arma que pueda causar la destrucción de quien la emplea? Si el recurso al arma nuclear debe causar la desaparición de toda vida sobre el planeta, y si se supone que el derecho internacional dimana de la voluntad de los Estados, sería extraño imaginar que los Estados hayan admitido una norma que conlleva su suicidio, incluido el del Estado que quiera protegerse⁴⁴. Lo absurdo del resultado induce a responder negativamente a la cuestión planteada por la Corte: incluso en un caso extremo de legítima defensa, no se puede justificar el empleo de armas nucleares.

4º) Suponiendo que no sea exactamente lo que la Corte quiso decir, y que esté dispuesta a considerar, desde la perspectiva de la legítima defensa, que un empleo mínimo del arma nuclear (entonces, tendría que haberlo especificado), o que un empleo que no afecte a la supervivencia de la humanidad como tal, por más limitado que sea, no impediría que las radiaciones y las precipitaciones radiactivas afecten al territorio de muchos otros Estados, tal como lo reconoció⁴⁵, ¿se puede pensar, una vez más, racionalmente que la mayoría de los Estados de la comunidad internacional ha aceptado que, para garantizar la supervivencia de uno de ellos, se atente contra su integridad territorial, la salud de sus habitantes,

⁴² Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 50, tomo II, 1963, p. 368; Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Protocolo I, preámbulo, apartado 5 y artículo 96, párr. 3. Véase también Opinión, dictamen individual Ranjeva, pp. 6-7, y dictamen disidente Shahabuddeen, p. 30.

⁴³ Opinión, párr. 35.

⁴⁴ *Ibid.*, dictamen disidente Shahabuddeen, p. 34.

⁴⁵ Opinión, párrs. 35 y 89.

el respeto de su medio ambiente y el respeto de su neutralidad? Responder afirmativamente significaría decir que los Estados han admitido que se atente gravemente contra su soberanía y, si fuera así, se sabría. Ahora bien, ningún Estado ha dicho jamás que está dispuesto a aceptar los daños resultantes de la utilización de armas nucleares por otro Estado y, como las restricciones a la soberanía no se suponen⁴⁶, es inútil buscar la huella de una aceptación cualquiera del empleo de armas nucleares en cierta resignación de los Estados por lo que respecta a la disuasión⁴⁷.

5º) Por primera vez en su historia, la Corte pretende no conocer el contenido de la norma en una hipótesis de hecho particular. Como observaron varios jueces, se trata de un *non liquet*⁴⁸, o si se prefiere de una ¡«incapacidad de opinión»! Ahora bien, como tal, la opinión no debería tener alcance alguno. En primer lugar, porque se basa en considerandos cuya índole impugnable acabamos de recordar (más arriba, 1º y 2º). Después, porque la Corte, como dice ella misma, es un órgano judicial y, como tal «solo se pronuncia basándose en el derecho»⁴⁹ o, como afirma en esta Opinión consultiva «expresa el derecho existente (...), aunque expresando y aplicando el derecho la Corte deba necesariamente precisar el alcance y, a veces, comprobar la evolución»⁵⁰.

En otros términos, la Corte desempeña su función judicial cuando comprueba que tal comportamiento es lícito o ilícito, pero no la desempeña cuando declara ignorar el estado del derecho en tal o cual hipótesis. *In casu*, la Corte afirma, primeramente, con claridad la ilicitud de la amenaza del empleo o del empleo de armas nucleares (apartado 1 del párr. 105 E); luego, añade que no sabe si hay normas en la hipótesis particular de la legítima defensa de un Estado cuya supervivencia está en juego (apartado 2 del párr. 105 E). Puesto que la Corte no logra determinar el alcance de la norma prohibitiva en la hipótesis considerada, a pesar del poder que reconoce tener de administrar justicia (véase cita, más arriba), podemos concluir lógicamente que la única norma segura es la ilicitud general del empleo y de la amenaza del empleo del arma nuclear. La Corte

⁴⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional, Lotus, fallo del 7 de septiembre de 1972, CPJI, Serie A, nº 9, p. 19.

⁴⁷ Opinión, párrs. 73 y 96.

⁴⁸ *Ibid.*, declaración Vereshchetin, p. 1; dictámenes disidentes Schwebel, p. 8, Shahabuddeen, p. 10, y Higgins, p. 1.

⁴⁹ Corte Internacional de Justicia, *Namibia*, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, CIJ, Rec. 1971, p. 23, párr. 29.

⁵⁰ Opinión, párr. 18.

«expresa el derecho» en el primer apartado, mientras que en el segundo dice no conocer ese derecho: entonces ese apartado no tiene alcance alguno...

16. Por lo demás, la afirmación de la ilicitud de principio no es únicamente de los 7 jueces que votaron a favor del párrafo 105 E; también la comparten 3 jueces disidentes que, por su parte, consideran que el empleo y la amenaza del empleo de armas nucleares son siempre ilícitos⁵¹. Si descartamos el dictamen disidente del juez Oda, que no se pronuncia ni en un sentido ni en otro (considera solamente que la Corte tendría que haberse negado a responder a la solicitud de opinión consultiva, habida cuenta, entre otras razones, de la índole demasiado política y demasiado general de la cuestión planteada⁵²), se comprueba que de 13 jueces 10 reconocen la ilicitud del principio del empleo o de la amenaza del empleo de armas nucleares. ¡Ese es el derecho! La «ignorancia» (i) pretendida de 7 jueces, en cuanto a la legalidad o a la ilegalidad del empleo o de la amenaza del empleo de armas nucleares para hacer frente a una agresión que ponga en peligro la supervivencia misma del Estado, no es un discurso jurídico. En un examen, cuando un estudiante responde que ignora el contenido de tal o cual norma, reconoce su ignorancia, pero no por ello expresa el derecho. El único derecho es el que se afirma como tal. Todo lo demás es solo estado de ánimo y literatura...

17. Por todas esas razones, pensamos que el apartado 2 del párrafo 105 E de la opinión de la Corte no quita ni pone nada por lo que respecta a la ilicitud general enunciada en el apartado 1. Revela sencillamente el desconcierto, «el caso de conciencia» —como escribe el presidente Bedjaoui⁵³— de la Corte ante las consecuencias políticas considerables que puede presentar una opinión más resuelta. Un desconcierto que recuerda el de Hamlet ante la existencia, pero que, como en el caso del personaje de Shakespeare, es pura filosofía y no derecho.

18. Tras un primer momento de decepción, el especialista en derecho internacional humanitario podría, pues, contentarse con esa opinión consultiva, que, por lo demás, contiene muchas otras buenas cosas en el plano de ese derecho. Por ejemplo, si la Corte no se pronuncia acerca de la índole de *jus cogens* del derecho humanitario, dado que no se lo solicitaron⁵⁴,

⁵¹ Opinión, dictámenes disidentes Shahabuddeen, pp. 1 y ss., Weeramantry, pp. 1 y ss. y Koroma, pp. 1 y ss.

⁵² *Ibid.*, dictamen disidente Oda, especialmente párrs. 25, 44, 51.

⁵³ *Ibid.*, declaración Bedjaoui, párr. 9.

⁵⁴ Opinión, párr. 83.

reconoce implícitamente esa calidad a las normas fundamentales del Reglamento de La Haya y de los Convenios de Ginebra de 1949, puesto que las califica de «principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario⁵⁵».

Es un punto positivo, entre otros, de la opinión; forma parte de los que serán recordados.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 79.