# El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares

**por Louise Doswald-Beck**

## Introducción

Es la primera vez que se ha pedido a los jueces de la Corte que, mediante una Opinión consultiva, examinen de modo bastante pormenorizado normas de derecho internacional humanitario. Otros casos, por ejemplo el de *Nicaragua*, no habían exigido un análisis tan a fondo. La Opinión consultiva, por consiguiente, tiene particular interés porque contiene varias observaciones importantes sobre la índole consuetudinaria de muchas normas de derecho internacional así como dictámenes interesantes con respecto a la interpretación de estas normas y a su relación con otras. La mayoría de los jueces basó su decisión final con respecto a la licitud o no de la amenaza o del empleo de armas nucleares en interpretaciones teológicas del derecho, considerando el derecho a la defensa propia como el valor fundamental o la supervivencia de la civilización y el planeta en su conjunto como primordial. Lamentablemente, el espacio no nos permite comentar estos importantísimos análisis de las bases del derecho humanitario y su finalidad en el orden internacional[1].

---

**Louise Doswald-Beck**, LL.M. (Londres), es jefa adjunta de la División Jurídica del CICR.

Original: inglés

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

[1] El más completo análisis de esta índole se encuentra en: Corte Internacional de Justicia, *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, dictamen disidente del juez Weeramantry.

Por lo tanto, más que en la conclusión de la Corte sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, este breve comentario se centrará en los distintos dictámenes sobre las normas de derecho humanitario. Solo se hará referencia a las conclusiones de la Corte con respecto a la licitud del empleo de las armas nucleares desde el punto de vista de su contribución a la interpretación de esas normas. Así pues, se hará referencia no solamente a la Opinión consultiva en sí misma (en adelante llamada la «Opinión»), sino también a los varios dictámenes individuales y dictámenes disidentes.

**Definición del derecho internacional humanitario**

Cabe esperar que las controversias relativas al significado exacto de este término cesen ahora que la Opinión ha dejado bien sentado que esta rama del derecho abarca tanto las normas relativas a la conducción de las hostilidades como las que protegen a las personas en poder de la parte adversaria[2]. Para ello, la Corte se basa en una muy difundida creencia acerca de la evolución histórica del derecho humanitario, a saber, que el derecho en materia de conducción de las hostilidades (llamado «Derecho de La Haya») empezó a crearse con un conjunto de tratados, mientras que el derecho por el que se protege a las víctimas (llamado «Derecho de Ginebra») nació por separado en los distintos Convenios de Ginebra y que las dos ramas se interrelacionaron más tarde en los Protocolos adicionales de 1977 para convertirse en un cuerpo jurídico. De hecho, la distinción entre «Derecho de La Haya» y «Derecho de Ginebra» nunca ha existido. Una detenida lectura del Código de Lieber de 1862, de la Conferencia de Bruselas de 1874 y de los primeros libros de texto muestra que entre las «normas y costumbres de la guerra» de ese período se encontraban normas que protegían a las personas en poder del enemigo, particularmente los prisioneros de guerra y las personas que se encontraban en territorios ocupados. A la inversa, los Convenios de Ginebra incluían aspectos del derecho en materia de conducción de las hostilidades: prohibición de atacar las unidades y al personal médico, así como a las personas que están fuera de combate por motivos de enfermedad o heridas (siendo este último un elemento de la norma consuetudinaria de cuartel). De ahí que los Protocolos adicionales de 1977 no hayan tenido como efecto la creación por primera vez de un cuerpo unificado de derecho humanitario en el que se integran estos dos elementos, sino más bien el

[2] Opinión, párr. 75.

de eliminar lo que siempre había sido una distinción artificial y equivocada. «Derecho internacional humanitario» no es sino una expresión moderna por «derecho de la guerra».

## Índole consuetudinaria de los tratados de derecho internacional humanitario

La Corte reitera la índole consuetudinaria del IV Convenio de la Haya de 1907 y su Reglamento, de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Convenio sobre el Genocidio de 1948. Lo hace refiriéndose aprobatoriamente a la declaración en este sentido del informe del secretario general de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 808 (1993)[3] del Consejo de Seguridad, a la adhesión a estos tratados y al hecho de que nunca se haya recurrido a sus cláusulas de denuncia. La Corte concluye diciendo que «estas normas indican la conducta y el comportamiento normales que se espera de los Estados»[4].

Con respecto al Protocolo adicional I de 1977, la Corte declara que «todos los Estados están obligados por estas normas ... que, cuando se aprobaron, no eran sino la expresión de un derecho consuetudinario ya existente»[5]. Esta declaración da poca orientación con respecto a la índole consuetudinaria de las normas de este Protocolo más allá de las que se comentan específicamente en otras partes de la Opinión. Sin embargo, cabe señalar que las normas de los tratados pueden llegar a ser consuetudinarias *después* de la adopción de un tratado y se supone que la Corte no trata de excluir la posibilidad de que así haya sido con respecto a algunas de las disposiciones de los Protocolos.

## Normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario

En la Opinión se enumera una serie de «principios cardinales ... que son la base del derecho humanitario»: principio de distinción, prohibición de usar armas de efecto indiscriminado, prohibición de causar sufrimientos innecesarios a los combatientes y el hecho de que no es ilimitado el derecho de los Estados a elegir medios de hacer la guerra[6].

---

[3] *Ibíd.*, párr. 81.

[4] *Ibíd.*, párr, 82.

[5] *Ibíd.*, párr. 84.

[6] *Ibíd.*, párr. 78.

*Principio de distinción*

La Corte indica que este principio «tiene como objeto la protección de la población civil y los bienes civiles y se hace la distinción entre los combatientes y los no combatientes»[7].

Dado que en la Opinión consultiva se debía decidir acerca de la licitud del empleo de armas nucleares, este principio solo se examinó teniendo en cuenta las consecuencias que tiene para el empleo de determinadas armas. Sin embargo, es importante que la Corte lo reafirme como un «principio cardinal» del derecho humanitario, dado que esta disposición solo se encuentra en un tratado, en el artículo 48 del Protocolo adicional I. Muchas normas se derivan de este principio, desde las que definen la condición de combatiente y de no combatiente hasta la que prohíbe hacer padecer hambre a la población civil.

*Prohibición del empleo de armas de efectos indiscriminados*

No cabe duda de que ésta es la norma más importante por lo que atañe a la cuestión que se estaba estudiando y también es una norma que la Corte aún no había examinado a fondo en ningún caso precedente[8]. Su relación con el principio de proporcionalidad puede prestarse fácilmente a confusión y, por lo tanto, habrá que tener cuidado al tratar de evaluar la manera de interpretar la mayoría de los jueces esta norma. No solamente la Corte en su conjunto encuentra que es una norma consuetudinaria, sino que el juez Bedjaoui considera que es *jus cogens*[9]; el juez Guillaume declara que se trata de una norma absoluta[10]. La Corte introduce la norma en su opinión como sigue:

> «Los Estados nunca habrán de atacar a los civiles y, por consiguiente, jamás deberán emplear armas que no puedan distinguir objetivos civiles y objetivos militares»[11].

---

[7] *Ibíd.*

[8] La única vez que los ataques con armas nucleares fueron analizados por un tribunal a la luz del derecho internacional fue en el *caso Shimoda* (tribunal de distrito de Tokio 1964, reimpreso en *International Law Reports*, vol. 32, 1966, p. 626). El juicio aparece resumido y comentado por R. Falk, *«The Shimoda Case: a legal appraisal of the atomic attacks upon Hiroshima and Nagasaki»* en *AJIL, vol. 59, 1965* p. 759. Aunque el tribunal de distrito no examinó el significado de un arma de efectos indiscriminados en sí, sí estudió el tema de la licitud del bombardeo indiscriminado como método de guerra. Sin embargo, hizo referencia al derecho aplicable en aquella época, cuando aún se distinguía entre el bombardeo de ciudades defendidas y el de ciudades no defendidas, un concepto pertinente en realidad solo en el caso de las ciudades abiertas.

[9] Declaración del juez Bedjaoui, presidente, párr. 21.

[10] Dictamen individual del juez Guillaume, párr. 5.

[11] Opinión, párr. 78.

Así pues, la Corte equipara el empleo de armas de efecto indiscriminado con un ataque deliberado contra civiles. El significado de esta declaración no debe sobrestimarse. En primer lugar, es importante que la prohibición de emplear armas de efectos indiscriminados haya sido confirmada como consuetudinaria, dado que la prohibición de ataques indiscriminados solo consta en un tratado, el Protocolo adicional I, aún no ratificado por todos los Estados, y solo en este tratado hay una declaración general sobre los tipos de armas que infringen esta norma. En segundo lugar, siguiendo la lógica de la Corte, la prohibición de ataques deliberados contra civiles estipulada en el Protocolo adicional II implica automáticamente que no deben emplearse armas de efecto indiscriminado en los conflictos armados no internacionales a los que se aplica este Protocolo. En tercer lugar, significa que cualquier arma puede ser estudiada en función de estos criterios y, si los infringe, su empleo está prohibido sin necesidad de un tratado especial, o incluso de la práctica de un Estado que prohíba el empleo de esa arma en particular. La Corte no dice que la licitud de un arma en una determinada situación depende de lo que los Estados decidan con respecto a si el empleo del arma en cuestión se aviene con la norma, sino que deja bien sentado que tiene derecho a hacer ella misma tal evaluación.

Queda por saber qué quiere decir exactamente la Corte con «que no puedan distinguir objetivos civiles y objetivos militares». Es obvio que un arma, por ser un objeto inanimado, no puede hacer una distinción de este tipo, puesto que se trata de un proceso que exige la capacidad de pensar. La redacción del Protocolo adicional I es más precisa por lo que a esto se refiere. La disposición pertinente es el artículo 51, párrafo 4, subpárrafos b) y c) en que se describen las características de los «métodos o medios de combate» de efectos indiscriminados como:

> «b) los que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
>
> c) los que ... cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil».

Que la autora de este artículo sepa, se trata de la única definición convencional existente de arma de efecto «indiscriminado».

En el Protocolo se presentan dos posibilidades, cualquiera de las cuales haría que el arma sea ilegal. La frase empleada en la Opinión «que no puedan distinguir objetivos civiles y objetivos militares» podría apli-

carse a cualquiera de ellas o a ambas. Puede discutirse que las armas nucleares no violan el primer criterio, esto es, que pueden ser apuntadas contra un objetivo militar concreto, si de hecho se hace referencia a la exactitud del mecanismo de puntería. Al parecer, tres jueces deciden que las armas nucleares no son intrínsecamente indiscriminadas, valiéndose solamente del primer criterio. De estos jueces, solo la jueza Higgins, en su dictamen disidente, intenta definir un arma de efecto indiscriminado en los siguientes términos:

> «puede concluirse que un arma será ilegal *per se* cuando no pueda ser apuntada solamente contra objetivos militares, aunque cause daños colaterales»[12].

Aplicando esto a las armas nucleares, declara:

> «A pesar de las características únicas y gravemente destructivas de todas las armas nucleares, el término mismo abarca toda una serie de armas cuyos efectos no son monolíticos. Mientras una determinada arma nuclear no pueda hacer esta distinción, su uso será ilegal»[13].

El juez Guillaume no agrega mucho a la definición de la Corte y no fundamenta su conclusión con respecto a las armas nucleares en su dictamen individual:

> «... en el derecho consuetudinario solo se estipula una prohibición absoluta: la de las armas denominadas «ciegas» que no pueden distinguir objetivos civiles y objetivos militares. Pero, evidentemente, las armas nucleares no pertenecen necesariamente a esta categoría»[14].

El tercer juez, el vicepresidente Schwebel, admite algunas dificultades:

> «Aunque no es difícil concluir que los principios de derecho internacional humanitario —...discriminación entre objetivos militares y objetivos civiles— rigen el empleo de armas nucleares, no significa que la aplicación de estos principios ... sea fácil»[15]. Sin embargo, tal como especula el juez Schwebel con respecto a los distintos tipos de empleo y a cuáles de ellos pueden ser considerados lícitos y cuáles

[12] Dictamen disidente de la jueza Higgins, párr. 24.

[13] *Ibíd.*

[14] Dictamen individual del juez Guillaume, párr. 5.

[15] Dictamen disidente del vicepresidente Schwebel, párr. 21.

no, está claro que él también decide que las armas nucleares no son intrínsecamente indiscriminadas.

Según el segundo criterio establecido en el párrafo 4 del artículo 51, se consideraría que un arma es ilegal cuando sus efectos «no sea posible limitar conforme a lo exigido por este Protocolo», lo que parece significar que, especialmente a la luz de la última frase del párrafo, los efectos no violan de otra manera el principio de distinción.

¿Qué se quiere decir con esto? Una hipótesis podría ser el otro criterio de «ataques indiscriminados», establecido en el párrafo 5 del artículo 51, que de hecho puede traducirse como el principio de proporcionalidad (subpárrafo b) y la prohibición de bombardear regiones enteras (subpárrafo a). Ambas normas son indiscutiblemente consuetudinarias. Aunque no imposible, es muy difícil emplear la proporcionalidad para discernir si un arma es de índole indiscriminada. Para ello, habría que decidir de antemano que cualquier empleo del arma en cuestión causaría inevitablemente víctimas civiles o daños a bienes civiles excesivos con respecto a cualquier objetivo militar que haya de ser atacado con esa arma. Por lo que se refiere a la prohibición de los bombardeos de regiones, el criterio tal como está formulado en el Protocolo sería difícil de emplear, porque la redacción del párrafo 5 a) del artículo 51 presupone la intención de atacar varios objetivos militares diferentes en una región poblada, como si se tratara de un objetivo militar único. No se puede suponer esto al decidir en cuanto a la índole de cualquier arma, porque uno de los previstos empleos del arma bien pueden ser los ataques contra un objetivo militar alejado de centros civiles.

La segunda hipótesis —y la preferida por la autora de este artículo— consiste en no tratar de encontrar la respuesta en otras partes del artículo 51 del Protocolo, sino más bien en tomar una decisión en función del significado esencial del principio de distinción. Este principio presupone la elección de blancos y de armas para lograr un determinado objetivo considerado como lícito de conformidad con el derecho humanitario y que respete la diferencia entre las personas y los objetos civiles, por un lado, y los combatientes y los objetivos militares, por otro. Esto requiere planificación y un suficiente grado de previsión de los efectos de los ataques que se emprendan. De hecho, el principio mismo de proporcionalidad requiere evaluar determinadas consecuencias antes del ataque. Nada de esto es posible si el arma en cuestión tiene efectos totalmente imprevisibles, porque dependen, por ejemplo, de las condiciones meteorológicas. Se cree que el segundo criterio de «armas de efectos indiscriminados» tiene por objeto abarcar los casos como éste en que el arma, aun cuando

sea apuntada cuidadosamente y funcione correctamente, puede tener «vida propia» y alcanzar al azar a combatientes o a civiles en proporción considerable.[16]

Pasando ahora a la evaluación presentada en la Opinión y por los demás jueces, queda claro que, por lo que se refiere a una decisión sobre la índole indiscriminada de las armas nucleares, la conclusión de la Corte a este respecto es fundamental. Sobre la base de muchísimas pruebas científicas presentadas a la Corte, ésta concluye en su Opinión que:

> «Al aplicar esta norma al caso presente, la Corte no puede ... dejar de tener en cuenta algunas características únicas de las armas nucleares...
>
> ... las armas nucleares son artefactos explosivos cuya energía se debe a la fusión o fisión del átomo. *Por su índole misma*, este proceso ... libera no solamente enormes cantidades de calor y de energía, sino también una potente y prolongada radiación .... Estas características hacen que el arma nuclear sea potencialmente de índole catastrófica. El poder destructor de las armas nucleares *no puede detenerse ni en el espacio ni en el tiempo*. Tienen el poder de destruir toda civilización, así como el ecosistema de todo el planeta (énfasis del autor) ... La radiación emitida por una explosión nuclear afectaría a la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía de muy extensas regiones. Por añadidura, el empleo de armas nucleares constituiría un grave peligro para 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 futuras»[17].

El juicio que la Corte emite en su Opinión con respecto a la licitud del arma es el siguiente:

> «Habida cuenta de las características únicas de las armas nucleares, a las que la Corte hace referencia más arriba, en realidad el empleo parece difícilmente conciliable con el respeto de esas exigencias. Sin embargo, la Corte considera que no dispone de suficientes elementos para concluir con certeza que el empleo de las armas nucleares estaría

[16] Este caso difiere no poco del de una bala o un misil que no llegan al blanco o de los efectos secundarios de las bombas convencionales; está claro que esta definición de «arma de efectos indiscriminados» abarcaría las armas bacteriológicas y, en general, los gases tóxicos.

[17] Opinión, párr. 35.

necesariamente en contradicción con los principios y las normas del derecho aplicable en los conflictos armados en todas las circunstancias.»[18]

Dado que la Corte afirma que «el poder destructor de las armas nucleares no puede detenerse ni en el espacio ni en el tiempo», la segunda frase de esta conclusión es un poco sorprendente. Con todo, en la opinión de la autora de este artículo, sería mejor considerar que las dos frases son dos puntos de vista diferentes más que una sola idea. Ya se ha hecho referencia a los tres jueces que declaran o insinúan que las armas nucleares no necesariamente tienen un carácter indiscriminado (sin embargo, dos de estos jueces discrepan con respecto a la Opinión). Ocho jueces (tres de los cuales discrepan con respecto a la Opinión) declaran que el empleo de cualquier tipo de arma nuclear violaría las normas del derecho humanitario, basándose principalmente en la naturaleza sumamente destructiva de estas armas y, en particular, las radiaciones que afectan a los civiles y a los combatientes por igual y de modo incontrolable. Es especialmente útil citar a tres de los jueces que votaron a favor de la Opinión.

El juez Fleischhauer declara que: «el arma nuclear es, en muchos aspectos, la negación de las consideraciones humanitarias en que se basa el derecho aplicable a los conflictos armados ... el arma nuclear no puede distinguir objetivos civiles y objetivos militares»[19].

El presidente Bedjaoui concluye que: «al parecer, las armas nucleares —por lo menos habida cuenta del estado actual de la ciencia— pueden causar víctimas de forma indiscriminada, confundiendo no combatientes con combatientes. ... El arma nuclear, arma ciega, desestabiliza, pues, intrínsecamente el derecho humanitario, derecho del discernimiento en el empleo de las armas»[20].

El juez Herczegh dice que: «Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, correctamente puestos de relieve en las conclusiones de la Opinión consultiva, prohíben categóricamente y sin equívocos el empleo de las armas de destrucción masiva y, entre ellas, las armas nucleares»[21].

---

[18] *Ibíd.*, párr. 95. Las «exigencias» a las que se hace referencia en esta frase son la prohibición de los «métodos y medios de hacer la guerra que no permitan distinguir objetivos civiles y objetivos militares o que causan sufrimientos innecesarios a los combatientes».

[19] Dictamen individual del juez Fleischhauer, párr. 2.

[20] Declaración del juez Bedjaoui, presidente, párr. 20.

[21] Declaración del juez Herczegh, p. 1, segundo párr.

Dejando de lado las razones para la presentación de la Opinión y basándonos en las declaraciones de los mismos jueces, la mayoría de ellos considera que las armas nucleares tienen intrínsecamente efectos indiscriminados; para ello, no se basan en la capacidad inicial de dirigir cualquier sistema de arma nuclear contra un blanco, sino en sus perniciosos efectos incontrolables, es decir, que no pueden hacer una distinción adecuada entre los bienes civiles y las personas civiles, por un lado, y los combatientes y los objetivos militares por otro. Como tal, esta interpretación también resultaría útil para evaluar otras armas[22].

*Principio de proporcionalidad*

Esta norma solo es válida cuando el arma empleada es lícita desde el principio y el blanco del ataque es un objetivo militar según la definición que de él se da en el derecho humanitario. En la norma se prohíbe que se lleve a cabo un ataque de este tipo si se prevé que las víctimas colaterales serán excesivas con respecto al valor del objetivo militar.

Extrañamente, en la Opinión no se hace directamente referencia a esta norma, pero varios jueces afirman su índole consuetudinaria. Los jueces Higgins, Schwebel y Guillaume se basan en este principio para decir que, en determinados casos, los efectos colaterales de las armas nucleares no serían excesivos. Tanto la jueza Higgins como el juez Guillaume se muestran restrictivos a este respecto y declaran que los daños causados por las armas nucleares son tan graves que solamente en situaciones extremas los objetivos militares podrían ser lo suficientemente importantes como para que el daño colateral no sea excesivo. Ahora bien, no presentan ejemplo concreto alguno de los tipos de objetivos, aunque la jueza Higgins declara con respecto a las circunstancias necesarias que:

> «la «ventaja militar» debe estar relacionada, en realidad, con la supervivencia misma de un Estado o con el hecho de evitar causar (sea con armas nucleares sea con otras armas de destrucción masiva) extensos y graves sufrimientos a la propia población; y que no se disponga de ningún otro método para eliminar un objetivo militar»[23].

[22] Con arreglo a estos dos criterios, puede decirse que las minas terrestres antipersonal tienen efectos indiscriminados: en primer lugar, porque de hecho no pueden ser apuntadas contra objetivos militares, dado que son emplazadas con mucha antelación, esperando que pasen combatientes por la zona; en segundo lugar, porque suelen tener efectos imprevistos, especialmente cuando, a causa del tiempo, son desplazadas del lugar en que fueron emplazadas.

[23] Dictamen disidente de la jueza Higgins, párr. 21.

El vicepresidente Schwebel, por otro lado, presenta los ejemplos tan a menudo citados de un ataque contra un ejército en el desierto o contra un submarino en el océano cuyos efectos no serían desproporcionados, porque las radiaciones no afectarían a demasiadas personas[24]. Por otra parte, admite que, aunque puede haber casos que no violen esta norma de proporcionalidad, la mayoría de las veces el empleo de estas armas no sería conforme al derecho[25].

Ahora bien, otros jueces no hacen referencia al principio de proporcionalidad o consideran que no hace al caso que examinan, ya que han determinado que las armas nucleares son, por naturaleza, indiscriminadas[26].

*Prohibición de emplear armas que causan sufrimientos innecesarios o males superfluos*

Es loable que la Corte haya descrito la norma consuetudinaria por la que se protege a los combatientes contra determinadas armas como un «principio cardinal», ya que, en los últimos decenios, gran parte de la comunidad apenas lo ha aplicado y, en cambio, ha hecho, de la boca para afuera, especial hincapié en la protección de los civiles. Esta autora conoce de cerca todo lo que hubo que hacer para que se aprobase recientemente la prohibición de las armas láser que causan ceguera[27] y se espera que tanto este nuevo tratado como esta declaración de la Corte logren que se vuelva a establecer firmemente la válida existencia de esta norma.

Con respecto a la verdadera interpretación de la norma, en la Opinión de la Corte se afirma que:

> «está prohibido, por consiguiente, emplear armas que les causen tal daño o agraven inútilmente sus sufrimientos .... es decir, que causen mayores sufrimientos que los daños que supone el logro de objetivos militares legítimos»[28].

Como sucede con el principio de proporcionalidad, esto requiere una evaluación a la luz de varias circunstancias. Para justificar que se haga

---

[24] Dictamen disidente del vicepresidente Schwebel, párrs. 23 y 24.

[25] *Ibíd.*, párr. 25.

[26] Véase, por ejemplo, el dictamen disidente del juez Weeramantry, p. 84, párr. (xi).

[27] Véase, por ejemplo, Louis Doswald-Beck, «Nuevo Protocolo sobre armas láser cegadoras», *RICR*, nº 135, mayo-junio de 1996, p. 293.

[28] Opinión, párr. 78.

sufrir de este modo a los soldados, los jueces Higgins y Guillaume se refieren a las mismas circunstancias extremas que mencionan en el caso de la proporcionalidad con respecto a las víctimas y a los daños civiles colaterales.

Sin embargo, el problema de este tipo de planteamiento es que, a diferencia del principio de proporcionalidad, la norma relativa a los sufrimientos innecesarios requiere una evaluación general con respecto a la licitud del arma en cuestión. Si no reúne las criterios, no podrá ser empleada en ninguna circunstancia. En teoría, se podría hacer una evaluación para cada uso; pero, en realidad, esto es completamente impracticable y no es lo que se ha estado haciendo en la práctica. Todavía no se ha decidido, desde el punto de vista doctrinal, si la evaluación debería basarse en lo que «normalmente» es el objetivo del arma o, por el contrario, en todas las formas en que sería posible emplearla. En la práctica, determinadas armas han sido prohibidas en el pasado a causa del empleo que se quería hacer de ellas comúnmente, dado que, si se insistiera en recurrir al otro criterio, difícilmente se llegaría a prohibir cualquier arma[29]. Otro elemento que podría servir como criterio absoluto es la Declaración de San Petersburgo de 1868 con respecto a que las armas que causan una muerte inevitable son excesivas con relación a las necesidades de la guerra. Solo la jueza Higgins hace referencia a esta Declaración[30] pero no llega a evaluar las armas nucleares en función de este criterio.

En la Opinión se hace la misma evaluación que en el caso del principio de distinción: el empleo de armas nucleares resulta «difícilmente conciliable» con el principio, pero la Corte no puede tomar una decisión definitiva que valga para todos los casos[31].

Los más de los jueces no son tan prudentes y hacen una evaluación general. El juez Fleischhauer declara que estos «sufrimientos inconmensurables» significan «la negación de las consideraciones humanitarias en que se basa el derecho aplicable a los conflictos armados»[32]. El presidente

---

[29] La dificultad reside en que la norma sobre sufrimientos innecesarios hace que el arma esté prohibida, sin necesidad de que esta prohibición figure en un tratado. Esto impide que los Estados, especialmente los que han producido el arma, la declaren ilícita aunque puedan estar de acuerdo con prohibirla indicando que la prohibición es solamente el resultado de una norma estipulada en un tratado. Pero no cabe duda de que la razón para aceptar una prohibición se debe a que su utilidad militar normal no justifica los daños que causa el arma.

[30] Dictamen disidente de la jueza Higgins, párr. 12.

[31] Opinión. párr. 95. Véase nota 18.

[32] Dictamen individual del juez Fleischhauer, párr. 2.

Bedjaoui declara que estas armas «causan, además, sufrimientos innecesarios»[33] y el juez Herczegh declara que los principios básicos del derecho humanitario prohíben el empleo de armas nucleares[34]. El juez Shahabuddeen, en su dictamen disidente, reconoce que esta norma exige encontrar un equilibrio entre la necesidad militar y el sufrimiento de los combatientes y que, cuanto mayor sea la ventaja militar, mayor es la voluntad de tolerar niveles más elevados de sufrimiento. Sin embargo, en algunos casos la conciencia pública puede considerar que no hay ventaja militar alguna que pueda justificar los sufrimientos causados, por ejemplo, por los gases tóxicos, aunque se pueda sostener que tienen una cierta utilidad militar. El juez Shahabuddeen piensa que el principio debería extenderse a los sufrimientos de los civiles en caso de daños colaterales que no sean, por otra parte, ilegales; pero, aun en el caso de que se limiten estrictamente a los soldados, la Corte podría haber decidido que el empleo de armas nucleares violaría esta norma[35]. El juez Koroma, tras describir los efectos de las armas atómicas en Hiroshima, Nagasaki y las Islas Marshall, declara que, puesto que los efectos radioactivos son peores que los causados por gases tóxicos, «los fallos de la Corte deberían inevitablemente haberla llevado a la conclusión de que todo empleo de armas nucleares es ilícito según el derecho internacional»[36]. El juez Weeramantry se expresa con mayor firmeza: «los hechos ... son más que suficientes para determinar que el arma nuclear causa sufrimientos innecesarios que superan con creces los propósitos de la guerra»[37].

*Prohibición del empleo de veneno*

En su Opinión, la Corte cita la Declaración de La Haya de 1899 y el artículo 23 a) de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 y del Protocolo de Ginebra relativo a los gases, pero afirma, más adelante, que estos tratados no incluyen las armas nucleares, porque la práctica de los Estados demuestra que estos tratados se refieren a armas que tienen como efecto principal o exclusivo envenenar o asfixiar.

---

[33] Declaración del juez Bedjaoui, presidente, párr. 20.

[34] Véase nota 21.

[35] Dictamen disidente del juez Shahabuddeen, párrs. 19-21.

[36] Dictamen disidente, p. 11. Siguiendo el mismo razonamiento, el tribunal de distrito de Tokio, en el *Caso Shimoda,* encuentra que las bombas atómicas son una violación de esta norma, véase Falk, *op. cit.* nota 7, p. 775.

[37] Dictamen disidente del juez Weeramantry, p. 48.

En realidad, esto no es totalmente cierto, porque se acepta, desde hace tiempo, que esta prohibición incluye las flechas y las balas de punta envenenada, aunque el veneno no sea el mecanismo para causar heridas principalmente. Es de lamentar que la Corte se haya ocupado de la prohibición del veneno solo en el contexto del derecho de los tratados. Si también hubiera examinado la prohibición en el contexto del derecho consuetudinario, podría haber reconocido la finalidad de esta prohibición consuetudinaria, o sea, el hecho que el veneno impide la posible recuperación de los soldados heridos. Este elemento tendría seguramente importancia para una evaluación de las armas nucleares. Solo los jueces Weeramantry[38] y Koroma[39] declaran que las armas nucleares se prohíben también porque uno de sus principales efectos es envenenar.

*Cláusula de Martens*

Ésta es una disposición de los tratados de derecho humanitario que tiene potencialmente gran significación, pero su exacta interpretación está sujeta a enormes variaciones. En su origen, se incluyó en el preámbulo de los IV Convenios de La Haya de 1899 y 1907; pero, desde entonces, ha sido incluida en el cuerpo principal del texto del Protocolo adicional I de 1977 y en el preámbulo del Protocolo adicional II. Según la cláusula de Martens, si una determinada norma no consta en el derecho de los tratados, los beligerantes «quedan bajo la protección y la autoridad» del derecho consuetudinario, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública.

Mucho se ha debatido con respecto a si el «principio de humanidad» y los «dictados de la conciencia pública» son dos criterios jurídicos distintos en función de los cuales puede juzgarse, desde el punto de vista jurídico, un arma o un determinado comportamiento o si son más bien orientaciones morales»[40]. Es, pues, muy significativo que la Corte afirme la importancia de la cláusula de Martens «de cuya continua existencia y aplicabilidad no cabe dudar»[41] y declare que «ha demostrado ser un medio eficaz para encarar la rápida evolución de la tecnología militar»[42]. Sobre

[38] *Ibíd.*, pp. 56-58.

[39] Dictamen disidente del juez Koroma, p. 11.

[40] Véase, por ejemplo el debate sobre la influencia de la Cláusula de Martens mantenido por un grupo de expertos mientras estudiaban si las armas láser que causan ceguera deberían ser consideradas como ilegales o si deberían, en todo caso, ser prohibidas: *Armas que causan ceguera. Informes de las reuniones de expertos convocadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre las armas láser de combate, 1989-1991*, CICR 1993, pp. 358-359 y 362-364.

[41] Opinión, párr. 87.

[42] *Ibíd.*, párr. 78.

esta base, la Corte afirma que los principios básicos del derecho humanitario siguen aplicándose a todas las nuevas armas, incluidas las armas nucleares, y señala que ningún Estado lo pone en tela de juicio[43].

El Juez Shahabuddeen da más detalles. Declara que la Cláusula de Martens no se limita a afirmar el derecho consuetudinario, puesto que esto sería innecesario, sino que autoriza a considerar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública como principios de derecho internacional que deben ser evaluados a la luz de la evolución de las circunstancias. Cita al tribunal militar de los Estados Unidos en Nuremberg en el caso *Krupp*, en 1948, que declaró que la Cláusula de Martens:

> «es más que una declaración piadosa. Es una cláusula general que hace que las costumbres establecidas en las naciones civilizadas, las normas de humanidad y los dictados de la conciencia pública se conviertan en el criterio jurídico que ha de aplicarse cuando las disposiciones pertinentes del Convenio .... no se refieran a determinados casos ...»

El juez Shahabuddeen puntualiza que, en *el caso del Canal de Corfú*, la Corte basó su juicio en «consideraciones elementales de humanidad». Concluye que, por lo que atañe a las armas nucleares, los riesgos que implican hacen que su uso sea siempre inaceptable»[44].

El Juez Weeramantry declara: «la Cláusula de Martens indica claramente que tras estas normas concretas tal como fueron formuladas hay un suficiente conjunto de principios generales para aplicarlo a situaciones que aún no han sido abordadas ...». Señala, además, que la violación de las normas humanitarias es más común hoy que cuando se formuló la Cláusula de Martens, habida cuenta, especialmente, del desarrollo del derecho relativo a los derechos humanos y de la conciencia de la necesidad de preservar el medio ambiente. Estos conceptos «están ahora tan profundamente arraigados en la existencia de la humanidad que se han transformado en normas particularmente esenciales del derecho internacional general»[45].

La opinión personal de esta autora es que la evaluación de los jueces Shahabuddeen y Weeramantry es absolutamente correcta y que, de hecho,

---

[43] *Ibíd.*, párr. 86.

[44] Dictamen disidente del juez Shahabuddeen, pp. 22-23.

[45] Dictamen disidente del juez Weeramantry, pp. 41-43.

se podría ir más allá y afirmar que la Cláusula de Martens tiene como efecto invertir el clásico supuesto del derecho internacional. El derecho humanitario no permite declarar que lo que no está expresamente prohibido en un tratado o en una norma consuetudinaria está permitido, porque el principio de humanidad y los dictados de la conciencia pública son factores moderadores lícitos. No cabe duda de que son éstos los factores que, en la práctica, han impedido que los Estados hayan empleado armas nucleares desde 1945, puesto que su empleo conlleva, indiscutiblemente, un grave estigma[46].

*Amenazar con violar las normas de derecho humanitario*

Con respecto a la amenaza de recurrir a armas ilegales, la Opinión de la Corte es clara:

> «Si el uso previsto de las armas no cumple con los requisitos del derecho humanitario, amenazar con recurrir a ellas también será contrario a este derecho»[47].

Ningún juez impugna esta declaración, a pesar de que, en realidad, desde 1945, los Estados parecen haber hecho exactamente eso: no recurren, en la práctica, al empleo de armas nucleares, pero la política de disuasión se basa en la amenaza. Tampoco hay indicios acerca de los fundamentos de esta declaración. ¿Se trata de un principio general de derecho aplicable en la mayor parte de los regímenes jurídicos nacionales? ¿O es una declaración basada en la lógica, o en lo que propiciaría el cumplimiento de la ley?

¿Significa esto que amenazar con violar una norma de derecho humanitario es también ilegal en sí mismo? ¿Supondría esta amenaza una violación grave cuando realizar el acto constituyese una violación grave? Hasta el presente, en el derecho humanitario, se ha especificado la pro-

[46] Aunque de hecho no se mencione en la Opinión, varios jueces mantuvieron un debate con respecto a la pertinencia del *caso Lotus* (PCIJ, 1927; un caso que compete a la jurisdicción criminal; se trata de una colisión en el mar). El juez Guillaume menciona favorablemente este caso para apoyar su parecer de que, de conformidad con el derecho humanitario, los Estados prefieren prohibir las armas mediante un tratado y que, si no estuviesen prohibidas de este modo, serían lícitas (párr. 10 de su dictamen individual). Sin embargo, el presidente Bedjaoui, resalta en su declaración que votó a favor de la Opinión entendiendo que lo que no está prohibido no está necesariamente permitido; la sociedad internacional ha cambiado drásticamente desde 1927, y es ahora muchísimo más homogénea (párrs. 10-15). Comparte este parecer el juez Shahabuddeen (pp. 13-14) y el juez Weeramantry añade que el PCIJ nunca habría imaginado que su declaración pueda emplearse con este propósito, especialmente a la luz de la Cláusula de Martens (pp. 45-46).

[47] Opinión, párr. 78.

hibición de proferir amenazas, por ejemplo, amenazar con atacar a la población civil principalmente para hacer cundir el terror[48], o amenazar con negar asilo[49]. En la Opinión no se da realmente una respuesta clara; pero si fuera afirmativa, el efecto sería de gran alcance y sería superfluo añadir las amenazas en cualquier texto de un tratado (a no ser que la perpetración en sí misma no sea ilegal — una posibilidad bastante poco probable).

## La relación entre el derecho humanitario y otras normas de derecho internacional

La Corte examina varias normas de derecho internacional; pero, por lo que hace a este comentario, nos limitaremos a tres: derecho de los derechos humanos, derecho del medio ambiente y derecho de defensa propia.

### *Derecho de los derechos humanos*

La Corte se refiere al hecho de que los partidarios de la ilegalidad sostienen que las armas nucleares violan el derecho a la vida, tal como se estipula en el artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, mientras otros sostienen que en ese documento, que ha de aplicarse en tiempo de paz, nunca se ha previsto el empleo de armas nucleares. La Corte afirma que el derecho de los derechos humanos se sigue aplicando en tiempo de guerra, pero se refiere a la importancia del derecho humanitario en los términos siguientes:

> «En principio, el derecho de no ser privado arbitrariamente de la propia vida se aplica también a las hostilidades. Sin embargo, el criterio para decidir qué es una privación arbitraria de la vida es determinado por la *lex specialis* aplicable, es decir, el derecho aplicable a los conflictos armados, cuyos objeto es regular la conducción de las hostilidades»[50].

Esta es una declaración muy importante, porque significa que se debe recurrir al derecho humanitario para interpretar, de hecho, una norma de derechos humanos. A la inversa, también significa que, por lo menos en el contexto de la conducción de hostilidades, el derecho de los derechos

[48] Protocolo adicional I, 1977, art. 51 párr. 2.

[49] *Ibíd.*, art. 40.

[50] Opinión, párr. 25.

humanos no puede interpretarse de modo distinto que el derecho humanitario. Aunque esto tiene perfectamente sentido en el contexto de la privación arbitraria de la vida (una formulación vaga en el derecho de los derechos humanos, mientras que el derecho humanitario rebosa de normas especialmente estipuladas para proteger, en la medida de lo posible, la vida en un conflicto armado)[51], está menos claro si conviene también por lo que respecta a las normas de derechos humanos que protegen a las personas en poder de una autoridad. Esto es particularmente cierto cuando se trata de un órgano de derechos humanos establecido por un tratado que aplica el texto de dicho tratado. Hasta ahora la práctica, en particular la de la Comisión Europea y la del Tribunal de Derechos Humanos, parece demostrar que estos organismos aplican los textos de derechos humanos de conformidad con sus propios términos[52].

*Derecho del medio ambiente*

Es sumamente importante que la Corte diga que hay un derecho consuetudinario del medio ambiente:

> «La existencia de una obligación general de los Estados de cerciorarse de que las actividades desplegadas en el marco de su jurisdicción y control respetan el medio ambiente de los demás Estados o regiones fuera del control nacional forma parte en la actualidad del cuerpo del derecho internacional relativo al medio ambiente»[53].

Con respecto a la importancia de esto para el derecho humanitario, la Corte declara que el objetivo de los tratados sobre el medio ambiente no puede ser privar a los Estados del ejercicio de su derecho de legítima

---

[51] En un caso presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al bombardeo de un hospital durante un conflicto armado, los demandantes solicitaban que la Comisión interpretase el «derecho a la vida» a la luz de las normas del derecho humanitario. Véase D. Weissbrodt y B. Andrus «The Right to Life during Armed Conflict: *Disabled People's International v. United States* 29, Harvard *International Law Journal*, 1988, p. 59. Una solicitud parecida fue presentada ante la misma Comisión en el caso número 10.573.

[52] Véase, por ejemplo, el caso de *Chipre contra Turquía* (Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisiones e Informes vol. 72 p. 5) para el que la Comisión encuentra que hay violación del art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la libertad y la seguridad de la persona) en el caso de personas desaparecidas durante un conflicto armado o después del mismo, y no interpretó este artículo a la luz de las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra. De modo parecido, en el caso *Loizidou contra Turquía* (fallo de la Corte, 18 de diciembre de 1996) relativo al norte de Chipre, la Corte dictaminó que se daba violación del derecho de propiedad y no consideró las disposiciones equivalentes del IV Convenio de Ginebra, aunque fundamentó la responsabilidad de Turquía, Estado Parte en el Convenio Europeo, en su ocupación militar del norte de Chipre (párrs. 52 y 54 del fallo).

defensa, pero que «los Estados han de tener en cuenta las cuestiones relativas al medio ambiente al evaluar lo que es necesario y proporcional cuando tratan de alcanzar objetivos militares legítimos»[54].

No queda totalmente claro si la referencia a la «necesidad y proporcionalidad» alude a las limitaciones más generales inherentes al contexto del derecho a la defensa propia o al principio de proporcionalidad de los daños colaterales del derecho internacional humanitario. Si se trata de lo último, significa en efecto que el «medio ambiente» es un «bien civil» y que hay que evitar un ataque contra un objetivo militar si las consecuencias para el medio ambiente pesan más que el valor del objetivo militar. Es mucho lo que confirma esta teoría, no solamente en los términos de la Opinión de la Corte, sino también en el contexto de los recientes textos sobre el derecho humanitario y el medio ambiente[55]. Esto quiere decir que no es tan fácil argüir que no se viola la norma de proporcionalidad basándose solo en el hecho de que los ataques tienen lugar en una región poco o nada poblada. La Corte cita también, con aprobación, la Resolución 47/37, aprobada por la Asamblea General el 25 de noviembre de 1992, con respecto a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, declarando que «confirma la opinión general» de que «... la destrucción del medio ambiente, no justificada por necesidades militares e inmotivada, es claramente contraria al derecho internacional vigente»[56].

Por lo demás, en cuanto a los artículos 35, párrafo 3, y 55 del Protocolo adicional I, la Corte declara que en estas normas se estipula mayor protección; «son poderosas exigencias para todos los Estados que han aceptado estas disposiciones»[57]. Esto parece indicar que estas disposiciones

---

[53] Opinión, párr. 29.

[54] *Ibíd.*, párr. 30. En este contexto, la Corte se refiere, aprobándolo, al Principio 24 de la Declaración de Río, según el cual «La guerra inherentemente destruye el desarrollo sostenible. Por consiguiente, los Estados deberán respetar el derecho internacional que protege el medio ambiente en épocas de conflictos armados y cooperar en su futura evolución».

[55] Véanse, por ejemplo, Directrices sobre la protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Intrucción Militares, 1994, presentadas de conformidad con la Resolución A/RES/48/30, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1993, véase *RICR*, nº 134, marzo-abril de 1996, pp. 248-255; también párr. 13 (c) del «San Remo Manual on International Law Applicable to armed Conflicts at Sea», publicado por Cambridge University Press junto con un comentario titulado «Explanations», IIDH 1995 (ed. L. Doswald-Beck), p. 87. Véanse, asimismo, otras disposiciones relativas al medio ambiente: párrs. 11, 34 y 44 y el comentario sobre las mismas en *«Explanations»*, pp. 82-83, 108-109 y 119-121, respectivamente.

[56] Opinión, párr. 32.

[57] *Ibíd.*, párr. 31.

son todavía normas pertenecientes al derecho de los tratados, y no normas consuetudinarias. Sin embargo, en opinión de la autora, y al contrario de la de la Corte, estas disposiciones concretas, habida cuenta de sus límites tan amplios, no agregan mucho, por lo que se refiere a la protección del medio ambiente, a las normas consuetudinarias confirmadas por la Corte.

*Derecho de legítima defensa*

Durante, por lo menos, dos siglos, ha sido un dogma absoluto que el derecho internacional humanitario se aplica de modo equitativo a todas las partes en un conflicto, independientemente de cual actúa en defensa propia; esto ha sido confirmado por lo que acostumbran hacer los Estados desde hace mucho tiempo y es reconocido universalmente en la literatura jurídica. La única cuestión en discusión era determinar si, en un conflicto armado, además de las restricciones específicas del derecho humanitario, se aplican también los límites propios del derecho a la autodefensa, a saber, necesidad y proporcionalidad en sentido general. Este debate tuvo lugar durante la preparación del Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, que contiene una sección sobre el efecto del derecho de legítima defensa en el derecho de guerra naval[58]. La mayoría de los expertos opinaba que las restricciones del derecho de defensa propia se aplican además de las del derecho humanitario, y, por consiguiente, así aparece en el documento; pero otros pensaban que, una vez que se hace necesario actuar en defensa propia, las únicas restricciones aplicables son las estipuladas en el derecho humanitario[59].

En su análisis general del derecho, la Corte, en los párrafos 41 y 42 de su Opinión, se declara de acuerdo con la opinión según la cual se aplican las restricciones de ambos ámbitos jurídicos:

> «La sumisión del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una norma de derecho internacional consuetudinario ... *Pero, al mismo tiempo, el empleo de una fuerza proporcional con arreglo al derecho de legítima defensa también debe, para ser lícita, cumplir con las exigencias del derecho aplicable a los conflictos armados entre los que cabe mencionar, en*

[58] *Manual de San Remo*, 1994, sección II, párrs. 3 a 6. Parte de esta explicación se encuentra en *Travaux préparatoires* en *Bochumer Schriften*, n° 24, pp. 133-206.

[59] *Op. cit.*, nota 52, pp. 75-78.

*particular, los principios y las normas de derecho humanitario»*[60] (énfasis del autor).

Si en la Opinión se hubiese seguido aplicando esta afirmación, el juicio no habría sido tan debatido ni tan criticado en los círculos universitarios. Lamentablemente, es demasiado fácil examinar solamente el ya famoso párrafo 2.E de la conclusión en el que, tras afirmarse, en el primer párrafo, que el empleo de armas nucleares constituiría, por lo general, un acto contrario al derecho humanitario, se añade, en el segundo párrafo, que «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 del Estado»[61]. Como ya se ha señalado, las dictámenes concretos de los jueces mismos no concuerdan exactamente con esta parte de la Opinión[62]. Pero la autora de este artículo se abstendrá de especular acerca de por qué este párrafo fue redactado de esta forma.

El único modo de que la afirmación del párrafo 2.E sea conforme a lo declarado más arriba por la Corte, en los párrafos 41 y 42, es el indicado por el análisis puramente positivista de la jueza Higgins, para quien las armas nucleares no son necesaria e intrínsecamente ilegales; en determinadas circunstancias extremas, su empleo no sería una violación de la norma de proporcionalidad ni de la norma por la que se prohíbe el sufrimiento innecesario de los combatientes. Ahora bien, la mayoría de los jueces opina, en realidad, que las armas nucleares son intrínsecamente ilegales, según el derecho humanitario, y la jueza Higgins emite un dictamen disidente. La única otra explicación, a saber, que en determinados casos de defensa propia no se aplica el derecho humanitario, está no solamente en flagrante contradicción con lo que se dice en los párrafos 41 y 42, sino que, además, se parece peligrosamente a la aplicación de la tan criticada doctrina de *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*. Esta doctrina,

[60] Opinión, párrs. 41 y 42; el texto en cursiva figura en el párr. 42.

[61] Opinión, párr. 105(2)E.

[62] De los siete jueces que votaron a favor de esta opinión, cuatro declaran en sus dictámenes individuales que el empleo de armas nucleares es claramente ilícito, si se aplican las normas del derecho humanitario (jueces Bedjaoui, Ranjeva, Herczegh y Fleischhauer) y un quinto juez considera que estas armas son ilegales según el derecho consuetudinario (juez Ferrari Bravo). De los siete que votaron en contra, tres piensan que su empleo podría ser lícito para el derecho humanitario en determinadas circunstancias extremas (jueces Schwebel, Guillaume y Higgins), tres consideran que es siempre ilícito según el derecho humanitario (jueces Shahabuddeen, Weeramantry y Koroma) y el séptimo (juez Oda) piensa que la Corte no debería haber emitido una Opinión consultiva.

según la cual en circunstancias de peligro extremo, se pueden dejar de aplicar las normas de derecho humanitario para hacer frente al peligro, fue rechazada por el Tribunal de Nuremberg en los casos de *Peleus*, *Milch* y *Krupp*[63].

Se propone que, para evaluar la relación existente entre el derecho a la defensa propia y el derecho humanitario, tendría más sentido apoyarse en la declaración formulada en los párrafos 41 y 42 de la Opinión, que en la creación difícil de comprender y más bien artificial del párrafo 2.E de la conclusión.

## Conclusión

La Opinión de la Corte, especialmente cuando se considera junto con los distintos dictámenes individuales y dictámenes disidentes, abunda en declaraciones e interpretaciones relativas al derecho internacional humanitario y a la relación entre este conjunto de normas y otros ámbitos del derecho internacional. Es una lástima que se corra el peligro de que queden perdidas a causa de la controversia con respecto a las conclusiones de la Opinión sobre las armas nucleares. A pesar de que, como debe de haberlo dejado bien sentado este comentario, la autora no está satisfecha con el texto de la conclusión del párrafo 105, subpárrafo 2.E de la Opinión, ésta seguirá siendo significativa gracias a sus otras contribuciones al derecho internacional humanitario.

---

[63] Un hecho señalado por el juez Weeramantry en su dictamen disidente, pp. 81 y 82. También cabe mencionar que el juez Weeramantry es el único que analiza si el empleo de armas nucleares, en estas circunstancias extremas, protegería en realidad al Estado que actúa en defensa propia y concluye, basándose en su gran competencia, que probablemente no sería el caso (pp. 59-61).