

Sobre la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de la licitud de las armas nucleares

por **Hisakazu Fujita**

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» incluye varios elementos de gran interés desde el punto de vista del derecho internacional humanitario, puesto que al derecho humanitario, que se ha desarrollado grandemente después de la Segunda Guerra Mundial, siempre le han faltado disposiciones expresas por lo que atañe a las armas nucleares.

Aunque el problema de las armas nucleares fue debatido durante largo tiempo en los órganos de las Naciones Unidas y en la Comisión de Desarme de Ginebra, que después pasaría a llamarse Conferencia de Desarme, los trabajos para la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario y, más específicamente, la Conferencia de Ginebra de 1949 para elaborar los cuatro Convenios y la Conferencia de 1974-1977 para elaborar los Protocolos adicionales siempre evitaron dicho tema. Así pues, en el período de armamento nuclear total, el mundo contemporáneo tuvo que hacer frente constantemente a la amenaza o al empleo de las armas nucleares, es decir, a la guerra nuclear. De hecho, durante la prolongada guerra fría, se acrecentó la amenaza a causa de la estrategia seguida por las potencias nucleares y por sus aliados, e incluso

El profesor **Hisakazu Fujita** es profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tokio, Japón.

Original: francés.

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

después de la guerra fría dicha amenaza no ha desaparecido aún totalmente. En la coyuntura actual son más bien la opinión pública, los países que carecen de armas nucleares y los países no alineados quienes toman la iniciativa de solicitar una opinión consultiva de la Corte a este respecto, por mediación de entidades de las organizaciones internacionales tales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esta tentativa parece requerir del Tribunal una especie de *actio popularis*. Felizmente o no, la Corte respondió positivamente a la solicitud de la Asamblea General, aunque se negó a responder a la solicitud de la OMS. La Opinión consultiva, como instrumento jurídico, así como los dictámenes individuales de los jueces, individuales o disidentes, son documentos importantes para las investigaciones relativas a la legalidad de la amenaza o al empleo de las armas nucleares, sobre todo en las situaciones convencionales y consuetudinarias del derecho humanitario.

Considerando el texto completo de la Opinión consultiva, se tiene la muy clara impresión de que los jueces hicieron ímprobos esfuerzos para disminuir la amenaza o el empleo de las armas nucleares mediante una reglamentación cualquiera del derecho internacional. Aunque las conclusiones de la opinión de la Corte son producto, en cierto sentido, de un compromiso al que llegaron los catorce jueces, todos dieron su opinión sincera e individual por lo que respecta a este difícil y delicado problema, no solamente desde el punto de vista jurídico, sino también desde un punto de vista político y militar. Trataremos, pues, más adelante algunos puntos importantes o problemáticos de la opinión consultiva que se relacionan con el derecho humanitario.

Aplicabilidad del derecho humanitario a la amenaza o al empleo de las armas nucleares

Uno de los puntos más importantes por lo que respecta al derecho humanitario es que la Corte respondió afirmativamente a la cuestión de la aplicabilidad del derecho humanitario en caso de amenaza o de empleo de armas nucleares. Mientras que en el párrafo 105.2) A y B de la opinión de la Corte se considera que ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho internacional convencional se autoriza específicamente la amenaza o el empleo de armas nucleares ni se incluye una prohibición completa y universal de la amenaza o del empleo de las armas nucleares como tales, en el párrafo 105.2) D la Corte confirma que la amenaza o el empleo de las armas nucleares debería también ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, y especialmente a las exigencias de los principios y de las normas del

derecho internacional humanitario. Esto nos permite concluir que, desde el punto de vista del derecho humanitario, y en general, la amenaza y el empleo de las armas nucleares están prohibidos (véase el párrafo 105.2) E.

El derecho humanitario debe poder aplicarse a todos los medios de guerra, y en particular a las armas cuyos efectos son incontrolables, lo que incluye a las armas nucleares. En este sentido, el tribunal regional de Tokio aplicó igualmente, en 1963, al caso de los bombardeos atómicos de Hiroshima y de Nagasaki, que fueron considerados como medios nuevos, los principios y las normas del derecho de la guerra en vigor durante la Segunda Guerra Mundial¹.

La Corte compartió esta opinión diciendo que es evidente que las armas nucleares fueron inventadas después de la aparición de los principios y las normas del derecho humanitario aplicables en los conflictos armados (párrafo 86).

Por otro lado, también es verdad que en los trabajos de codificación y de desarrollo del derecho humanitario llevados a cabo después de la Segunda Guerra Mundial se ha evitado siempre este crucial problema. Las Conferencias Diplomáticas de 1949 y de 1974-1977 no trataron el tema de las armas nucleares. Los pocos países que poseían el arma nuclear y que participaron en la conferencia de 1974-1977 declararon que ciertas disposiciones contenidas en el Protocolo adicional I no tienen efecto alguno en cuanto al empleo de las armas nucleares y que, por consiguiente, no se reglamenta ni se prohíbe este empleo². Sería, sin embargo, por lo menos curioso y discriminatorio suponer que, en caso de conflicto armado entre Estados, de los cuales unos posean armas nucleares y otros no, las disposiciones del Protocolo no se aplicarían sino a los Estados que carezcan de dichas armas, mientras que los Estados que las posean, de utilizarlas, no tendrían que respetar lo dispuesto en el Protocolo³.

¹ Decisions of the Tokyo District Court, December 7, 1963, in Japanese Annual of International Law, n° 8 (1964), pp. 212-251 (traducción inglesa). H. Fujita, «Reconsidération de l'affaire Shimoda, Analyse juridique du bombardement atomique de Hiroshima et Nagasaki», Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, vol. XIX-I-2, 1980, pp. 49-120.

² Los Estados Unidos declararon: «It is the understanding of the United States of America that the rules established by this protocol were not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons.» American Journal of International Law, vol. 72, n° 2, 1978, p. 407. Francia e Inglaterra hicieron declaraciones similares. Actas de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, Ginebra, 1974-77, vol. VII, CDDH/SR, 56, párr. 3.

³ Véase H. Fujita, *International Regulation of the Use of Nuclear Weapons*, Kansai University Press, Tokio, 1988, pp. 161-185.

La opinión de la Corte (párrafo 86) es muy clara sobre este punto y dice que no se puede, sin embargo, concluir que los principios y las normas del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no se apliquen a las armas nucleares. Tal conclusión ignoraría la naturaleza intrínsecamente humanitaria de los principios jurídicos que están en juego, que caracterizan a todo el derecho de los conflictos armados y se aplican a todas las formas de guerra y a todas las armas, las del pasado, las del presente y las del futuro.

No cabe duda alguna, después de leer esta opinión de la Corte, de que el derecho humanitario se aplica a un posible empleo de las armas nucleares.

La amenaza de las armas nucleares o la política de disuasión

En la pregunta planteada por la Asamblea General no solamente se habla del empleo, sino que se menciona, además, la amenaza de las armas nucleares, dado que la cuestión de la amenaza está muy relacionada con la política de disuasión, aunque la Corte no tratase esta cuestión a fondo.

La Corte examinó la política de disuasión por lo que se refiere a la tesis que defienden algunos Estados, según la cual la posesión de armas nucleares es en sí misma una amenaza ilícita de recurrir al empleo de la fuerza. Mediante dicha política los Estados que poseen armas nucleares, o que se hallan bajo la protección de las mismas, tratan de desalentar una agresión militar demostrando que ésta carecería de objeto, para que sea creíble la intención de utilizar armas nucleares. La Corte dice, en el párrafo 48, que, para saber si hay una «amenaza» contraria a lo estipulado en el artículo 2, párrafo 4, de la carta de las Naciones Unidas, se debe saber si el empleo preciso de la fuerza que se considera afectaría a la integridad territorial o a la independencia política de un Estado o si iría contra los objetivos de las Naciones Unidas o si, en la hipótesis de que sea concebido como un medio de defensa, viola necesariamente los principios de necesidad y de proporcionalidad. En ambos casos, no solamente el empleo de la fuerza, sino también la amenaza de emplearla serían ilícitos según el derecho de la Carta. Esto significa que la amenaza de las armas nucleares o la posesión de éstas para desalentar la agresión militar según la política de disuasión es ilícita únicamente cuando es una amenaza contraria al artículo 2, párrafo 4.

La Corte declara igualmente que no se pronuncia en la opinión sobre la práctica llamada «política de disuasión» y comprueba, en el párrafo 67 de la opinión que es un hecho que muchos Estados adoptaron esta práctica durante la mayor parte de la guerra fría y que continúan aplicándola. ¿Qué

significa esta comprobación desde el punto de vista jurídico? La Corte, al examinar el derecho internacional consuetudinario sobre una prohibición de la amenaza o del empleo de las armas nucleares como tales, establece dos categorías de Estados: los que sostienen la ilicitud del empleo de las armas nucleares y los que afirman que, en ciertas circunstancias, la amenaza y el empleo de armas nucleares son lícitos. Para respaldar su tesis, estos últimos invocan la doctrina y la práctica de la disuasión. La Corte considera, en el párrafo 73 de la Opinión consultiva, que sigue habiendo tensiones entre, por un lado, una *opinio juris* naciente sobre la ilicitud del empleo de las armas nucleares, manifestada en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y que se refiere al contenido de la frecuentemente citada Resolución 1653 (XVI) y, por otro lado, una adhesión todavía muy importante a la práctica de la disuasión. En el párrafo 66, la Corte dice que los Estados que invocan la doctrina y la práctica de la disuasión se han reservado siempre, de común acuerdo con algunos otros Estados, el derecho a utilizar las armas nucleares en el ejercicio del derecho de legítima defensa contra una agresión armada que ponga en peligro sus intereses vitales en cuestión de seguridad.

En realidad, según la Opinión consultiva de la Corte, la doctrina de la disuasión lleva a la tesis de la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares y, en este sentido, tienen una gran influencia en la cuestión de la licitud o ilicitud de las armas nucleares. Algunos jueces lo mencionan en sus dictámenes individuales⁴.

La ilicitud «general» de la amenaza o del empleo de armas nucleares

Sobre la cuestión de la licitud o ilicitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, la Corte se pronuncia de forma ambigua y muy controvertida en su Opinión consultiva diciendo, en el párrafo 105.2)E, que de las exigencias ya mencionadas puede deducirse que la amenaza y/o el empleo de armas nucleares serían generalmente contrarios a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados y especialmente a los principios y a las normas del derecho humanitario; y continúa diciendo que, habida cuenta del estado actual del derecho internacional, así como de los elementos de hecho de los que disponía, la Corte no pudo, sin embargo, concluir de forma definitiva que la amenaza y/o el empleo de las armas nucleares fuesen lícitos o ilícitos en

⁴ Véanse, por ejemplo, la declaración del juez Shi y los dictámenes de los jueces Bravo, Schwebel y Weeramantry.

circunstancias extremas de legítima defensa en las cuales la supervivencia misma de un Estado esté en peligro.

¿Cómo pueden interpretarse jurídicamente estas pocas líneas? Debemos, ante todo, tratar de determinar el sentido de la primera parte del texto, en especial el sentido del término «generalmente» y, luego, determinar el sentido de la segunda parte y, más especialmente, de la expresión «circunstancia extrema de legítima defensa».

Para llegar a su conclusión sobre la primera parte del párrafo 105.2)E, la Corte lo analiza utilizando la lógica siguiente: como no fue posible hallar una disposición convencional de alcance general ni una norma consuetudinaria por la que se prohíba específicamente la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales, la Corte trató la cuestión de saber si recurrir a las armas nucleares debía ser considerado ilícito con respecto a los principios y a las normas del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados así como con respecto al derecho a la neutralidad. La Corte halló los dos principios cardinales en los textos de derecho humanitario, a saber: el primer principio, destinado a proteger a la población civil y los bienes civiles y en el que se hace la distinción entre combatientes y no combatientes, y el segundo principio según el cual no hay que causar daños innecesarios a los combatientes. En virtud de este segundo principio, los Estados no tienen una elección ilimitada por lo que se refiere a las armas que emplean y la Corte cita la cláusula de Martens en relación con el mismo. De conformidad con los principios mencionados, en el derecho humanitario ya se prohibieron muy tempranamente algunas armas, sea porque afectaban de forma indiscriminada a los combatientes y a la población civil, sea porque causaban a los combatientes sufrimientos inútiles, es decir, sufrimientos mayores que los males inevitables que supone la realización de objetivos militares legítimos. Cuando el empleo que se pretende hacer de un arma no respeta las exigencias del derecho humanitario, ¿infringe también la amenaza de dicho empleo las disposiciones de ese derecho?

El CICR declaró ya en las Normas para limitar los riesgos que corre la población civil en tiempo de guerra, presentadas en 1956, que «está prohibido emplear armas cuya acción nociva —especialmente por la diseminación de agentes incendiarios, químicos, bacteriológicos, radioactivos u otros— pudiera extenderse de una manera imprevista o pueda, en el espacio o en el tiempo, escapar al control de los que las emplean, con lo que pondrían en peligro a la población civil.» (artículo 14).

La Corte confirma, en efecto, esta declaración del CICR sobre la ilicitud del empleo de las armas nucleares y admite que la gran mayoría

de los principios y de las normas del derecho humanitario ha pasado a ser consuetudinaria (párrafos 80 y 85). Además, durante el procedimiento, la Corte sostuvo que tales principios y normas del derecho humanitario forman parte del *jus cogens*; pero, desgraciadamente, no entró en detalles sobre la naturaleza jurídica del derecho humanitario, afirmando que en la solicitud de la Asamblea General no se incluía esta cuestión (párrafo 83). (Para aclarar la relación entre la ilicitud «general» de la primera parte, la Corte hubiera debido examinar el problema de la prioridad entre la naturaleza jurídica del derecho humanitario, por la que se prohíbe el empleo de armas nucleares considerado como *jus cogens*, y las circunstancias extremas de legítima defensa.)

La excepción en el caso de una circunstancia extrema de legítima defensa

El segundo pasaje al que más arriba nos referimos tiene que ver con una de las preguntas más temibles que puedan plantearse sobre la Opinión consultiva de la Corte.

Ante todo, ¿cuál es la circunstancia extrema de legítima defensa en la cual la propia supervivencia de un Estado estaría en peligro? Ésta debe ser un concepto nuevo que no es, sin embargo, definido por la Corte. Es verdad que se menciona ya un concepto de autopresevarción del Estado en el *Droit des Gens* de 1758 de Eméric de Vattel, así como en las obras del siglo XIX, en una época en la cual la guerra no estaba todavía prohibida en el derecho internacional tradicional. ¿Puede esto determinar las circunstancias en las cuales un Estado estaría en peligro o correría un riesgo o su territorio estaría ocupado? ¿Es posible distinguir entre estas circunstancias, sobre todo en el estado actual de la legítima defensa?

Además, ¿no puede aplicarse al segundo pasaje el primero sobre la ilicitud « general » de la amenaza o del empleo de la armas nucleares? ¿Cuál es la razón por la cual una circunstancia extrema de legítima defensa impide la aplicación «general» del derecho humanitario como se prevé en el primer párrafo? En el pasado se ha señalado algunas veces que la necesidad destruyó el derecho; pero, en el campo del derecho humanitario contemporáneo, no hay manera de ignorar a éste totalmente por motivos de necesidad, ni siquiera en una circunstancia de legítima defensa. En el derecho humanitario se prevé esta excepción solamente en caso de necesidad militar⁵.

⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 53 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: «(...) excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas.» Véase igualmente: W.V. O'Brien, «Legitimate Military Necessity in Nuclear War», *World Polity II* (1960), p. 48.

Se debe estudiar más a fondo el problema de la legítima defensa y de la aplicabilidad del derecho humanitario, incluida la licitud o la ilicitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares. A primera vista nos parece que el derecho humanitario debería poder aplicarse a todas las categorías de conflictos armados internacionales y, por lo tanto, también a los conflictos en que una de las partes invoca la legítima defensa con respecto a su adversario y agresor. Pero hagamos un análisis más preciso: en la comunidad internacional, desde que la guerra fue declarada ilícita en una serie de instrumentos internacionales (Pacto de la Sociedad de las Naciones, Pacto de París de 1928 y Carta de las Naciones Unidas) hay una tesis que se basa en la aplicación discriminatoria del derecho de la guerra y del derecho de la neutralidad entre la parte víctima y la parte autora de la agresión. Debemos citar aquí algunos ejemplos, tales como los famosos artículos de interpretación llamados «de Budapest» de 1934 de la International Law Association, así como las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional de 1963⁶.

Pero incluso estas resoluciones admiten la aplicabilidad equivalente del derecho humanitario, por su índole humanitaria, a la víctima y al agresor. En el sistema de la Carta de las Naciones Unidas, en la cual la legítima defensa es definida con más precisión en el artículo 51, en los Convenios de Ginebra de 1949 y, más aun, en el preámbulo del Protocolo I de 1977, se reafirma la aplicación de las disposiciones de estos instrumentos en toda circunstancia, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado.

Por consiguiente, no puede invocarse razón alguna para pretender que el derecho humanitario no podría aplicarse de manera igual al caso de legítima defensa o incluso en una circunstancia extrema de legítima defensa⁷.

Para mantener la tesis del segundo pasaje al que nos referimos más arriba, hay que probar que la amenaza o el empleo de armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa es un caso de excepción en cuanto a la aplicabilidad igual del derecho humanitario. ¿Por qué la

⁶ International Law Association, Report of 38th Conference (1934), pp. 1 y siguientes, Institut de droit international, *Annuaire*, 1963-II, pp. 340 y siguientes y I, p. 13. Véase *Rapport provisoire* por el señor François, *Annuaire*, 1957-I, pp. 322 y siguientes, pp. 393 y siguientes y *Rapport définitif*, *ibid.*, pp. 491 y siguientes.

⁷ Véase «Report on Self-Defense under the Charter of the United Nations and the Use of Prohibited Weapons» por G. Schwarzenberger, International Law Association, Report of the Fiftieth Conference, (1963), pp. 192 y siguientes.

amenaza o el empleo de armas nucleares en tal circunstancia no es un caso en que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho humanitario? En la Opinión consultiva de la Corte no se aborda este problema. Sin embargo, al explicar la posición estatal invocando la doctrina de la disuasión explicada antes, la Corte admite, en el párrafo 66 de la opinión, que los Estados siempre se han reservado el derecho a utilizar las armas nucleares en el ejercicio del derecho de legítima defensa contra una agresión armada que ponga en peligro sus intereses vitales en cuestiones de seguridad. Así, el segundo pasaje corresponde a la adopción de la doctrina de la disuasión. La política de la disuasión favorece la admisión de un caso de excepción de la amenaza o del empleo de armas nucleares en una circunstancia extrema. Se puede incluso considerar que la doctrina política influyó la valoración jurídica de la Opinión consultiva de la Corte, y este punto fue criticado personalmente por algunos jueces.

Si consideramos que el segundo pasaje está influenciado por la doctrina de la disuasión, hay que decir que, para su seguridad, todos los Estados podrían tener armas nucleares o estar protegidos bajo un paraguas nuclear de tal manera que garanticen su supervivencia en una circunstancia extrema de legítima defensa. Pero esto sería contrario al espíritu y a la letra del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares y contrario también a los instrumentos que, desde 1995, lo prolongan de manera ilimitada. Además, sería incompatible con el párrafo 105.2)F de la Opinión consultiva. Si tiene lugar el desarme nuclear total ¿no estaría la seguridad de un Estado, en tal circunstancia extrema, garantizada sin la posesión de armas nucleares o sin el paraguas nuclear?

Obligación de llevar a cabo negociaciones para lograr el desarme nuclear

Sin embargo, el párrafo 105.2)F, último de las conclusiones de la Opinión consultiva, es muy importante desde el punto de vista del derecho del desarme. En los tratados sobre desarme nuclear concertados hasta la fecha, siempre han sido utilizadas cláusulas estereotipadas, tales como el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación, según el cual cada una de las partes en el Tratado se compromete a llevar a cabo, de buena fe, negociaciones sobre medidas eficaces relativas al cese de la carrera de armamentos nucleares. Esta cláusula equivale a una especie de *pacta de contrahendo* y ha hecho que las negociaciones sobre el desarme nuclear nunca hayan culminado. El párrafo F es innovador porque en él se admite no solamente la obligación de continuar de buena fe las negociaciones, sino también la obligación de culminar las negociaciones de desarme

nuclear en todos sus aspectos. El desarme nuclear total bajo un control internacional estricto y eficaz siempre ha sido considerado como el objeto «último» de los tratados de desarme y de numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Pero por el párrafo F se obliga a todos los Estados, y en especial a los Estados que posean armas nucleares, a negociar hasta que concierten un tratado de desarme nuclear total.

Por último, mencionamos dos cuestiones que siguen pendientes. El contenido del párrafo F no fue incluido en la solicitud de la Asamblea General de la ONU y la existencia de la obligación de llevar a buen término las negociaciones que conduzcan al desarme nuclear no es muy formal según el derecho consuetudinario. Podemos más bien considerar que la Corte, aunque no sea el legislador, confirma la pertinencia de estas cuestiones. En todo caso, este problema no concierne directamente al derecho internacional humanitario como tal.
