

Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario

por Christopher Greenwood

La solicitud presentada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 49/75K (1994), a la Corte Internacional de Justicia para que ésta emitiera una opinión consultiva sobre la cuestión siguiente: «¿autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?», brindó a la Corte una oportunidad inusitada de examinar los principios del derecho internacional humanitario, oportunidad que la Corte hubiese preferido quizás no tener. En verdad, la pregunta está mal planteada y son bien poco convincentes las razones aducidas para hacerla. En particular, la índole forzosamente abstracta de la cuestión colocó a la Corte en una postura excepcionalmente delicada, ya que no le era posible repasar todas las combinaciones de circunstancias en las que se podría emplear armas nucleares o recurrir a la amenaza de emplearlas. Sin embargo, a no ser adoptando la posición de que el empleo de las armas nucleares es lícito en todo momento (lo que es obviamente absurdo), apartándose totalmente de la ley (lo que

Christopher Greenwood es profesor de Derecho Internacional en la *London School of Economics*.

Fue uno de los asesores, en nombre del Reino Unido, ante la Corte Internacional de Justicia en las deliberaciones concernientes a la Opinión consultiva sobre el empleo de las armas nucleares. Los puntos de vista expresados en el presente artículo son los del autor y no necesariamente reflejan la posición del Gobierno del Reino Unido.

Original: inglés

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

ningún Estado sugirió) u optando por una licitud del empleo en todo momento (enfoque que se granjeó el apoyo de algunos, pero que refutó de plano la mayoría de la Corte), la respuesta a la pregunta de la Asamblea General habría necesitado un detenido examen de todas esas circunstancias.

Así pues, considero que, como la solicitud se planteó erróneamente, no cabía esperar que la Corte diera curso a la pregunta. Sin embargo, sí lo hizo¹ y, por ende, es tanto más fundamental examinar las implicaciones que tendrá dicha respuesta para el derecho internacional humanitario². No es tarea fácil, ya que la opinión de la Corte —y en particular el párrafo fundamental 105 (2) E de la parte dispositiva, aprobado por siete votos a favor y siete en contra, gracias al voto de calidad del presidente Bedjaoui— no deja de ser enigmática. Pero, tal como puntualiza la propia Corte³, el párrafo 105(2)E no va solo, sino que debe leerse como parte de un todo. Planteada de esta manera, sean cuales fueren las reservas que puedan formularse con respecto a las conclusiones a que llega la Corte, la opinión sí lleva aparejadas implicaciones para el derecho humanitario.

Punto de partida de la Corte

Esas implicaciones resultan del punto de partida que adoptó la Corte. El hecho de que se preguntara si *se permite*, en lugar de si *se prohíbe*, la amenaza o el empleo de las armas nucleares induce a algunos Estados a deducir que el empleo de dichas armas es ilícito en ausencia de una norma permisiva en contrario. Otros arguyen que su empleo es lícito, a no ser que se estipule que el derecho internacional contiene una norma por la que se prohíbe tal uso, enfoque que muchos confrontan con el comentario de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus* de que «no se pueden... presumir las restricciones que se imponen a la independencia de los Estados»⁴. En la Opinión de la Corte, se descarta

¹ Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, 8 de julio de 1996. La Corte rechazó, por trece votos a favor y uno en contra, las propuestas de no dar curso a la solicitud. Sin embargo, por once votos a favor y tres en contra, decidió que no podía responder a una pregunta similar planteada por la Organización Mundial de la Salud, Opinión consultiva sobre la licitud del empleo por un Estado de las armas nucleares en caso de conflicto armado, 8 de julio de 1996.

² El presente artículo se circunscribirá esencialmente a las cuestiones de derecho consideradas en la opinión solicitada por la Asamblea General, sin detenerse en los argumentos sobre si la Corte debería haber respondido a la pregunta hecha por la Asamblea o las cuestiones planteadas en la solicitud de la OMS. Éstas se abordan sucintamente en A.V. Lowe, «Shock Verdict: Nuclear War May or May not be unlawful», *Cambridge Law Journal*, 1996, p. 415.

³ Opinión, párr. 104.

⁴ *PCIJ Reports, Series A, nº 10*, p. 18 (1927).

de plano este debate por carecer de «significación particular»⁵. El hecho de haber desatendido el debate sobre las implicaciones del caso *Lotus* por lo que atañe a los argumentos de peso de la prueba, es una actitud desdeñosa totalmente comprensible: las consideraciones acerca del peso de la prueba son muy poco oportunas en el contexto de deliberaciones, más contenciosas que consultivas, en las cuales lo que interesa es la existencia de un principio de derecho, y no la de una cuestión de hecho. Sin embargo, la cuestión de principio subyacente —esto es, si la Corte debe hallar una norma permisiva o una prohibición— no puede desecharse tan fácilmente y es examinada a fondo en varios de los dictámenes individuales o disidentes⁶.

A primera vista, la opinión propiamente dicha es incierta a este respecto. La Corte declara (unánimemente) que en el derecho internacional no se «autoriza específicamente la amenaza o el empleo de armas nucleares»⁷ y (por once votos a favor y tres en contra) que tampoco contiene «una prohibición total y universal de la amenaza o del empleo de las armas nucleares como tales»⁸. Aunque incontrovertible, la primera declaración no deja de ser una sorpresa, pues ningún Estado alega que hay una «autorización específica». Así pues, se puede considerar como una negativa, por lo menos, de las variaciones más extremas del argumento sobre el caso *Lotus*. No obstante, la Corte no hace suyo el argumento de que las armas nucleares son portadoras del estigma general de ilicitud que hace su empleo ilegal en ausencia de una excepción permisiva a la regla general. Si la Corte hubiese optado por esta posición, su conclusión de que no existe una norma por la que se autorice el empleo de las armas nucleares habría permitido disponer al respecto. Al sostener que el derecho internacional no contiene una prohibición total del empleo de armas nucleares ni una autorización específica de tal empleo⁹, todo lo que hace la Corte es mantener que la respuesta a la pregunta de la Asamblea hay que hallarla en la aplicación de los principios del derecho internacional que no tienen una relación específica con las armas nucleares.

⁵ Opinión, párr. 22.

⁶ Véanse, por ejemplo, las declaraciones del presidente Bedjaoui y del juez Ferrari Bravo, y los dictámenes individuales de los jueces Ranjeva y Guillaume.

⁷ Parte dispositiva, párr. 105 (2)A.

⁸ Parte dispositiva, párr. 105(2)B.

⁹ Se examina más adelante la decisión de que no hay una prohibición total.

Cuando la Corte pasa a examinar dichos principios, su finalidad es averiguar si por ellos se prohíbe el empleo de las armas nucleares, y no si se autoriza dicho empleo. Tras revisar el derecho de los conflictos armados, la Corte estatuye que:

«La práctica de los Estados demuestra que la ilicitud del empleo de ciertas armas como tal no dimana de una ausencia de autorización sino que por el contrario, se formula en términos de prohibición.

Así pues, la Corte debe examinar si hay una prohibición de recurrir al empleo de las armas nucleares como tales...»¹⁰.

Por otra parte, desde el punto de vista del *jus ad bellum*, la Corte examina si en este derecho se prohíbe el empleo de las armas nucleares¹¹. Sean cuales fueren los puntos de vista que algunos miembros de la Corte podrían haber expresado con respecto al caso *Lotus*, de la Opinión se deduce claramente que la Corte parte de la base de que es necesario confirmar si el derecho internacional contiene una prohibición de algunos o de todos los empleos de las armas nucleares.

Derecho aplicable

La opinión de la Corte es importante también a fin de determinar los ámbitos del derecho internacional en que se podría hallar una prohibición. Los defensores de que el empleo de las armas nucleares es ilícito se fundan no solo en la Carta de las Naciones Unidas y en el derecho internacional humanitario, sino también, de manera bastante independiente, en los derechos humanos y en el derecho del medio ambiente. No obstante, la Corte puntualiza que es imprescindible determinar la legalidad del empleo de las armas nucleares haciendo referencia a la Carta y a las normas aplicables en caso de conflicto armado.

Con respecto al derecho de los derechos humanos, algunos Estados alegan que todo empleo de las armas nucleares violaría el derecho a la vida, estipulado en el artículo 6 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos¹². Empero, la Corte observa que, en el artículo 6 del Pacto, solo se prohíbe la privación «arbitraria» de la vida. Puesto que

¹⁰ Opinión párr. 52-53.

¹¹ Opinión, párr. 37-50 y párr. 105(2)C de la parte dispositiva.

¹² Véanse también, artículo 2, Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 4, Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 4, Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

matar es un acto inherente a cualquier conflicto armado, para determinar si en un conflicto armado se trata de un acto arbitrario, hay que orientarse por algunos criterios externos al Pacto, los cuales, según la Corte, deben dimanar del derecho de los conflictos armados, y solamente en el caso de no avenirse con este derecho cabría considerar que el acto de matar es arbitrario en el sentido del artículo 6 del Pacto¹³. Dicho de otro modo, en el presente contexto, el artículo 6 nada aporta de sustancial al derecho de los conflictos armados.

A este respecto, la conclusión es totalmente acertada. No se puede pretender que el lenguaje muy general del artículo 6 permita pasar por alto las detalladas disposiciones del derecho de los conflictos armados, lo que tampoco se ha hecho en la práctica. Sin embargo, la aceptación de la Corte de que el Pacto siga aplicándose en tiempo de guerra (excepto cuando se permite expresamente la derogación)¹⁴, puede tener particular importancia en otros casos. En cuanto al fondo, aunque el derecho a la vida nada aporte al derecho internacional humanitario, otras disposiciones normativas de los tratados de los derechos humanos van más allá del derecho humanitario tanto consuetudinario como convencional. Por otro lado, en cuanto al procedimiento, los tratados de los derechos humanos contienen mecanismos únicos de aplicación que pueden ser muy útiles. La continua aplicabilidad de los tratados de derechos humanos en caso de conflicto armado puede tener particular relevancia en el contexto de una ocupación de territorio por los beligerantes.

Tras analizar el derecho internacional del medio ambiente, la Corte pone de relieve que los Estados implicados en un conflicto armado tienen el deber 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»¹⁵, deber que, por lo visto, dimana del derecho consuetudinario y de los tratados generales sobre el medio ambiente, y no de las disposiciones específicas sobre medio ambiente estipuladas en el Protocolo I¹⁶. Sin embargo, la Corte refuta el argumento de que el empleo de las armas nucleares está prohibido en los tratados generales de medio ambiente o en el derecho consuetudinario del medio ambiente¹⁷.

¹³ Opinión, párr. 25.

¹⁴ Opinión, párr. 25.

¹⁵ Opinión, párr. 30.

¹⁶ Esta parte de la Opinión consultiva se aproxima bastante al punto de vista expresado en la edición de 1995 del *Naval Commander's Handbook*, Estados Unidos, párr. 8.1.3.

¹⁷ Opinión, párrs. 30 y 33.

De hecho, habría sido extraordinario que la Corte hubiera concluido que los Estados poseedores de armas nucleares que se habían cerciorado tan escrupulosamente de que los tratados sobre armamentos y el derecho de los conflictos armados no proscribiesen el empleo de las armas nucleares, renunciaran a toda posibilidad de recurrir a su empleo pasando a ser partes en acuerdos sobre medio ambiente más generales.

Así pues, la Corte concluye que la respuesta a la cuestión planteada por la Asamblea General debe hallarse principalmente en el *jus ad bellum* y en el *jus in bello*, en los cuales se reglamenta el empleo de armas, incluido el armamento nuclear, en caso de conflicto armado. Conviene destacar que en esta parte de la Opinión consultiva de la Corte son varios los aspectos importantes. En primer lugar, se reafirma sin equívocos que el empleo de las armas nucleares está subordinado al derecho internacional humanitario. Aunque en las deliberaciones que aquí se reseñan ningún Estado pone en tela de juicio esta afirmación, en el pasado estuvo en el centro de frecuentes controversias por parte de expertos y de al menos un Estado¹⁸. En segundo lugar, tras analizar los efectos de la Carta de las Naciones Unidas, la Corte esclarece que el *jus ad bellum* moderno no solo guarda relación con la cuestión de saber si el recurso inicial a la fuerza es lícito, sino que también tiene implicaciones en la consiguiente conducción de las hostilidades (asunto que se aborda detenidamente más adelante). Por último, aunque otros ámbitos del derecho internacional tienen que ver quizás con los conflictos armados, en la Opinión se rechazan enfáticamente los argumentos de que la detallada *lex specialis* que se ha desarrollado a lo largo de los años para abarcar la conducción de las hostilidades pueda esquivarse invocando las disposiciones generales del derecho del medio ambiente o de los derechos humanos.

Las armas nucleares y la Carta

Aplicando el *jus ad bellum* al empleo de las armas nucleares, la Corte llega a la unánime y nada sorprendente conclusión de que:

«la amenaza o el uso de la fuerza es ilícito si se emplean armas nucleares que no se avengan con el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y que no cumplan con todos los requisitos del artículo 51»¹⁹.

¹⁸ Opinión, párr. 22. Véase también el dictamen individual del juez Guillaume, párr. 5.

¹⁹ Parte dispositiva, párr. 105(2)C.

Ni el artículo 2(4) ni el artículo 51 se refiere a armas específicas. Sin embargo, la Corte, al reafirmar que el derecho a la legítima defensa está sujeto al requisito de la proporcionalidad, acepta aparentemente la necesidad de garantizar que el empleo de la fuerza en caso de defensa propia sea proporcional, lo cual afecta al grado de la fuerza y, por consiguiente, al armamento que un Estado pueda utilizar lícitamente. Para determinar si el empleo de un arma particular en un caso específico es legal es, pues, necesario examinar tanto el derecho internacional humanitario como los requisitos del derecho a la legítima defensa. No obstante, la Corte se niega a aceptar que el empleo de las armas nucleares sea en momento alguno una medida proporcional de legítima defensa²⁰. Además, resalta que el Consejo de Seguridad, en la Resolución 984 (1995), acoge con beneplácito las garantías de seguridad que dan los Estados poseedores de armas nucleares, lo cual implica que no todos los empleos de armas nucleares transgreden, en el caso de recurrir al uso de la fuerza, las disposiciones de la Carta.

Armas nucleares y derecho internacional humanitario

La Corte decide, pues, considerar si el empleo de las armas nucleares puede ceñirse en alguna circunstancia al derecho internacional humanitario y ahí es donde su respuesta se hace particularmente enigmática. La Corte declara unánimemente que, aviniéndose al mismo tiempo con las disposiciones de la Carta sobre el uso de la fuerza,

«La amenaza o el empleo de las armas nucleares también deberá ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, particularmente con los principios y las normas del derecho internacional humanitario, así como con las obligaciones específicas, de conformidad con los tratados y otros compromisos referentes específicamente a las armas nucleares»²¹.

Esta propuesta es la que reglamentaría hoy una aceptación casi universal. No obstante, la Corte prosigue con su razonamiento y, apoyada por el voto de calidad del presidente, declara que:

«Cabe deducir de las exigencias antes mencionadas que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos arma-

²⁰ Opinión, párrs. 42-43.

²¹ Parte dispositiva, párr. 105(2)D.

dos y, en particular, a los principios y las normas del derecho humanitario.

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»²².

Haremos simplemente tres comentarios con respecto a este punto del caso.

Primero, como ya anotamos, la Corte examina si el derecho internacional humanitario contiene una prohibición del empleo de armas nucleares y comprueba que no hay una prohibición específica y universal en el derecho consuetudinario ni en el derecho convencional. A pesar de haber pasado revista a una serie de tratados por los que se limita la posesión, las pruebas y el despliegue de armas nucleares, particularmente en los que se estipula en cuanto a la designación de zonas libres de armas nucleares, concluye que dichos tratados no son en sí mismos una prohibición total del empleo de armas nucleares como una cuestión de derecho internacional vigente²³. La Corte desecha también el argumento de que las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a las armas nucleares reflejan una prohibición de derecho consuetudinario. Aunque las resoluciones de la Asamblea General pueden constituir declaraciones de costumbre con autoridad, no es el caso de aquéllas. La esencia del derecho internacional consuetudinario es, desde luego, la práctica real y la *opinio juris* de los Estados²⁴, y las resoluciones de la Asamblea General no logran establecer esa *opinio juris* ni concuerdan con la práctica de numerosos Estados. La Corte puntualiza que las armas nucleares tampoco están incluidas en las disposiciones por las que se prohíbe el empleo de armas envenenadas, químicas o bacteriológicas, destacando que los términos de estos tratados

«se han entendido, según la práctica de los Estados, en su sentido corriente, es decir que abarcan las armas cuyo efecto primero, si no exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esta práctica es clara

²² Parte dispositiva, párr. 105(2)E.

²³ Opinión, párrs. 58-63.

²⁴ Opinión, párr. 64.

y las partes en estos instrumentos no los han asociado a las armas nucleares»²⁵.

Por consiguiente, la Corte descarta un viejo y poco convincente argumento de que las armas nucleares pueden equipararse a esas distintas categorías de armamento.

Segundo, a falta de una prohibición específica del empleo de las armas nucleares, toda prohibición o limitación de su empleo debe dimanar de una aplicación de principios más generales. En este contexto, la Corte hace alusión, en particular, a la prohibición de las armas concebidas para causar daños innecesarios, a la prohibición de los ataques contra las personas civiles y del empleo de métodos y medios indiscriminados de combate, así como a los principios por los que se protege a los Estados neutrales contra incursiones en su territorio. Aunque la Corte puntualiza que el empleo de las armas nucleares es «difícilmente conciliable» con el respeto de esas exigencias, concluye que no dispone de

«suficientes elementos para concluir con certeza que el empleo de las armas nucleares estaría necesariamente en contradicción con los principios y las normas del derecho aplicable en los conflictos armados en todas las circunstancias»²⁶.

Es difícil seguir, con respecto a este punto, la opinión de la Corte. A falta de una prohibición específica del empleo de las armas nucleares, la única base sobre la cual puede concluir la Corte, ciñéndose a su razonamiento anterior de que tal empleo es ilícito en todas las circunstancias, habría sido analizando las circunstancias en las que las armas nucleares podrían utilizarse y, en seguida, aplicando los principios pertinentes de derecho humanitario. En el meollo de cualquier análisis habría sido necesario plantearse tres preguntas:

1) ¿causaría el empleo de un arma nuclear, en circunstancias particulares, daños innecesarios a los combatientes?;

2) ¿podría el empleo de un arma nuclear, en circunstancias particulares, contra personas civiles de manera indiscriminada o incluso contra un objetivo militar, causar daños desproporcionados entre la población civil? y

²⁵ Opinión, párr. 55.

²⁶ Opinión, párr. 95.

3) ¿podría el empleo de un arma nuclear, en circunstancias particulares, causar a un Estado neutral efectos nocivos desproporcionados?

Para responder a estas preguntas habría sido menester proceder a una evaluación real de la capacidad del arma utilizada, así como de las circunstancias de su empleo, y a un juicio de valores sobre si las consecuencias adversas de ese empleo son «innecesarias» o «desproporcionadas» con respecto a los objetivos militares que pretende alcanzar el Estado que utiliza el arma nuclear.

Sin embargo, la Corte no lo hizo, y simplemente se limita a enumerar los principios pertinentes, sin entrar en grandes debates, antes de llegar a las conclusiones citadas más arriba²⁷. Así pues, no está claro cómo llega a la conclusión de que el empleo de las armas nucleares sería «*generalmente* contrario a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados» ni realmente qué entiende por *generalmente* en este contexto. No cabe duda de que los puntos de vista de los magistrados de la Corte son bastante divergentes, hecho que se desprende tanto de la votación con respecto al párrafo 105(2)E de la parte dispositiva como de algunos de los dictámenes individuales y disidentes.

No obstante, si se examina la Opinión consultiva en su conjunto, la única interpretación del primer apartado del párrafo 105(2)E que puede conciliarse con el razonamiento de la Corte es que, incluso sin la restricción del segundo apartado del párrafo, la Corte no dice que el empleo de las armas nucleares sería contrario al derecho de los conflictos armados en todos los casos. Habría podido llegar a tal conclusión si hubiese determinado que en ninguna circunstancia se pueden utilizar armas nucleares sin causar sufrimientos innecesarios, sin atacar indiscriminadamente objetivos militares y civiles (o infligiendo bajas excesivas entre los civiles) ni causar daños desproporcionados a Estados neutrales. La Corte no hace tal análisis y el razonamiento no da indicios de que llega a tal conclusión. En realidad es bien difícil saber cómo hubiera podido hacerlo. Al considerar la aplicación de principios con tal generalidad al empleo de armas en una variedad indefinida de circunstancias, la Corte no habría podido determinar que, como cuestión de derecho, un arma nuclear no puede utilizarse sin violar uno o más de esos principios²⁸, aun cuando algunos de sus miembros sospechan que, como cuestión de hecho, así es.

²⁷ Véanse las críticas de este planteamiento en el dictamen disidente de la jueza Higgins, párrs. 9-10.

²⁸ Opinión, párrs. 94 y 95.

Tercero, con respecto al nexo entre los dos apartados del párrafo 105(2)E, se imponen algunos comentarios sobre la actitud de la Corte frente a la relación entre el *jus ad bello* y el *jus in bello*. En el párrafo fundamental de la Opinión consultiva, la Corte se explaya sobre la relación existente entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, lo que, en principio, es totalmente conciliable. Así, por ejemplo, en un caso particular de que el hecho de recurrir a la fuerza sea lícito, esto no debe ser contrario a ninguna de las dos ramas del derecho. Por lo tanto, un Estado que tiene derecho a recurrir a la fuerza en defensa propia, actúa de manera ilícita si emplea métodos o medios de combate prohibidos en el derecho internacional humanitario. A la inversa, el hecho de que un Estado se atenga a todas las normas del derecho humanitario, sus actos no serán lícitos si recurre a la fuerza de manera agresiva o excede lo que se puede considerar como un acto de legítima defensa proporcional. Este planteamiento se expone en varias partes de la Opinión consultiva²⁹ y en los párrafos 105(2)C y (2)D de la parte dispositiva.

No obstante, se ha sugerido que el punto de vista de la mayoría, tal como se expresa en los dos apartados del párrafo 105(2)E es que el empleo de las armas nucleares violaría inevitablemente el *jus in bello*, pero que la Corte deja abierta la posibilidad de que, en algunas circunstancias no determinadas, por ejemplo en el caso extremo de legítima defensa, el *jus ad bellum* justificaría su empleo³⁰. Tal enfoque sería sumamente deplorable. El hecho de que un Estado tuviera derecho y necesidad de recurrir a la fuerza no ha sido aceptado, al menos en la presente centuria, como subterfugio para esquivar las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario y ningún Estado que se ha presentado ante la Corte ha argüido que debería ser así. Permitiendo que por la necesidad de una legítima defensa se haga caso omiso de los principios del derecho humanitario se pondrían en peligro todos los progresos alcanzados en los últimos cien años en este derecho, corriéndose el riesgo de volver a las teorías de la «guerra justa». Afortunadamente, no era la intención de la Corte hacer nada por el estilo. Como ya señalamos, la parte fundamental de la Opinión consultiva va por derroteros ortodoxos con respecto a la relación entre el derecho del recurso a la fuerza y los principios del derecho internacional humanitario. Además, por las razones más arriba expuestas, en la primera parte del párrafo 105(2)E no se debe leer que

²⁹ Opinión, párrs. 39, 51 y 91.

³⁰ Con respecto a esta teoría, véase el dictamen individual del juez Fleischhauer.

todos los empleos serían contrarios al derecho humanitario y, por lo tanto, en la segunda parte tampoco se debe leer que se establece una oposición entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*.

Conclusión

Lo que se reprocha a la Corte en las críticas formuladas contra ella, entre cuyos autores irónicamente figuran algunos de los más entusiastas partidarios de la solicitud de una opinión consultiva, es haber desaprovechado una histórica oportunidad para declarar ilícito el empleo de las armas nucleares en todas las circunstancias. Sin embargo, para la Corte el haber avalado tal posición habría sido totalmente injustificable y una desviación de la función judicial. Cualesquiera que sean las opiniones sobre la dirección que ha de tomar el derecho, el cometido de la Corte es aplicar el derecho tal como es.

A mi juicio, la Corte comprueba con acierto que el derecho internacional no contiene en el presente una prohibición específica del empleo de las armas nucleares. Todo empleo de un arma nuclear ha de estar sujeto a los principios generales del derecho relativos al recurso a la fuerza y al derecho internacional humanitario. Según dichos principios, no cabe formular la determinación abstracta de que, desatendiendo las circunstancias que podrían darse en cualquier momento en el futuro, ningún empleo de arma nuclear, sea del tipo que sea, podría avenirse con ellos en todo momento. Con obvia vacilación, la Corte opta esencialmente por este punto de vista, pues no está preparada para argumentar que el empleo de las armas nucleares es ilícito en todas las circunstancias. A la vista del razonamiento expuesto en el párrafo fundamental de la Opinión consultiva, la Corte debería haber ido más lejos y tendría que haber declarado expresamente, en la parte dispositiva, que el empleo de las armas nucleares que cumpla con los requisitos del derecho relativo al recurso a la fuerza y del derecho internacional humanitario sería lícito. Tal conclusión hubiera sido preferible a las bien poco satisfactorias y ambiguas cláusulas del párrafo 105(2)E. Pero, leyendo a fondo, cabe observar que la Opinión consultiva es, en su conjunto, compatible con el derecho internacional humanitario y se reafirma en ella una serie de importantes principios humanitarios, aunque, de entrada, la Corte no debería haberse colocado en la ingrata posición de tener que emitir una opinión sobre esta cuestión.