

Un *non liquet* con respecto a las armas nucleares

La Corte Internacional de Justicia «se planta» ante la aplicabilidad de los principios generales del derecho internacional humanitario

por Timothy L.H. McCormack

«El hecho de que [los] principios [del derecho internacional humanitario] sean ampliamente reconocidos y que, con frecuencia, planteen otras cuestiones que exigen una respuesta no son razones para un non liquet. La función judicial es precisamente recurrir a principios de aplicación general, examinar su significado y aplicarlos a situaciones concretas. Este es, en resumen, el cometido de la Corte Internacional de Justicia, con respecto tanto a un proceso contencioso como a su función consultiva.»¹

Jueza Higgins

El doctor Timothy L.H. McCormack, profesor, cátedra de derecho internacional humanitario, establecida por la Cruz Roja Australiana, Facultad de Derecho, Universidad de Melbourne, Australia. El autor da las gracias al profesor Gillian Triggs de la Facultad de Derecho, Universidad de Melbourne y a Robert J. Mathews OAM, miembro del Comité consultivo sobre derecho internacional humanitario de la Cruz Roja Australiana, por sus útiles comentarios con respecto a un proyecto inicial de este artículo. Gracias también a Justine Braithwaite por su excelente ayuda para la búsqueda y sus útiles sugerencias para la preparación de este artículo.

Original: inglés

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

¹ Corte Internacional de Justicia, *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, dictamen disidente de la jueza Higgins, párr. 32.

1. Introducción

La Opinión consultiva formulada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con respecto a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares es una decisión algo desconcertante e inesperada². Después del último párrafo, que es la *parte dispositiva*, los catorce jueces añaden declaraciones personales, dictámenes individuales o dictámenes disidentes para indicar hasta qué punto están o no de acuerdo con conclusiones y aspectos concretos del razonamiento en que se basa la Opinión.

Algunas conclusiones son aprobadas unánimemente, en especial la reafirmación de que el eventual empleo de las armas nucleares está sujeto a los principios del derecho internacional consuetudinario por el que se regula la conducción de los conflictos armados³ y la notificación de que las Potencias nucleares tienen la obligación de negociar y llegar a un acuerdo sobre la prohibición total de las armas nucleares⁴. Estas conclusiones son dos aspectos positivos de la Opinión. Sin embargo, por lo que atañe a la cuestión decisiva con respecto a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, solo siete jueces aprueban la conclusión de la Corte. Los otros siete disienten de la decisión por diferentes razones. De conformidad con el artículo 55.2 de los Estatutos de la Corte, el presidente tiene un voto de calidad en caso de empate. En este asunto, el presidente Bedjaoui votó por la conclusión de la Opinión conjunta y la posición enunciada en la *parte dispositiva* es, por consiguiente, la que prevalece.

La Corte decide que, a pesar de la falta de una prohibición específica de la amenaza o del empleo de armas nucleares en el derecho internacional consuetudinario o convencional, los principios generales del derecho internacional consuetudinario, en particular los principios del derecho internacional humanitario, se aplican a cualquier amenaza o empleo de armas nucleares. Aunque la Corte concluye que el empleo de las armas nucleares «es difícilmente conciliable con el respeto de estas exigencias», se ve obligada a llegar a una conclusión con reservas porque considera que no dispone de «suficientes elementos para poder concluir con certeza que el empleo de las armas nucleares estaría necesariamente en contra-

² Corte Internacional de Justicia, *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, opinión de la Corte (en adelante, «Opinión»).

³ Opinión, párr. 105(2)D.

⁴ *Ibid.*, párr. 105(2)F.

dicción con los principios y las normas del derecho aplicable en los conflictos armados en todas las circunstancias»⁵. En el derecho internacional se ha hecho, habitualmente, una diferencia entre el derecho que rige el legítimo recurso a la fuerza (*jus ad bellum*) y el derecho que regula el despliegue real de la fuerza (*jus in bello*). En todo uso de la fuerza deben observarse ambos grupos de principios. Sin embargo, en la Opinión hay una confusión entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, puesto que la mayoría de los magistrados de la Corte declara que no está claro (*non liquet*), es decir, una decisión de que no puede excluirse la posibilidad de un empleo lícito de las armas nucleares en una «circunstancia extrema de legítima defensa, en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado»⁶.

De conformidad con la conclusión de la mayoría de los jueces, la declaración de que «aunque difícilmente se puede poner en tela de juicio la aplicabilidad de los principios y las normas del derecho humanitario y del principio de neutralidad a las armas nucleares, las conclusiones que se deducen de esta aplicabilidad son, por otra parte, controvertidas»⁷ puede ser considerada como una de las más notorias subestimaciones en la jurisprudencia de la Corte. Cabe siempre la posibilidad de que haya una decisión divergente. Sin embargo, el hecho de que la mayoría limitara su decisión con respecto a la ilicitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares refiriéndose a una «circunstancia extrema de legítima defensa» en vez de argumentar, por ejemplo, que dicha amenaza o dicho empleo no son necesariamente contradictorios con el *jus in bello*, es tanto una sorpresa como una decepción.

La finalidad de este artículo es examinar las repercusiones de la Opinión consultiva en el derecho internacional humanitario. En su razonamiento, la mayoría de los magistrados de la Corte pasa por alto la significación normativa del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares (TNP)⁸ por lo que atañe a su empleo y no consigue desempeñar la prevista función judicial de aplicar los principios generales del derecho internacional humanitario al empleo de las armas nucleares. De hecho, declara que las normas del derecho internacional relativas al empleo de armas nucleares continuarán siendo inciertas a falta de un acuerdo general sobre el desarme nuclear total. La conclusión del autor de este artículo

⁵ *Ibid.*, párr. 95.

⁶ *Ibid.*, párr. 105(2)E.

⁷ *Ibid.*, párr. 90.

⁸ Tratado del 1 de julio de 1968 sobre la no proliferación de las armas nucleares (TNP).

es que, aunque la Opinión tiene algunos resultados positivos para el derecho internacional humanitario, la Corte no aprovechó al máximo la oportunidad que brinda el caso para esclarecer la aplicabilidad de principios del derecho internacional consuetudinario (aceptados desde hace mucho) a una categoría específica de armas.

2. Falta de una prohibición convencional del empleo de armas nucleares

La Corte concluye que, en el derecho internacional convencional, no hay una prohibición total y universal con respecto al empleo de las armas nucleares. Según la Opinión, «en cuanto a las armas de destrucción masiva, la pauta seguida hasta ahora ha sido declararlas ilícitas en instrumentos específicos»⁹. La Corte contrasta la existencia de la Convención sobre las Armas Biológicas (CAB)¹⁰ y la Convención sobre las Armas Químicas (CAQ)¹¹ —que son prohibiciones generales de las armas biológicas y químicas, respectivamente— con el fracaso de la comunidad internacional en imponer una prohibición general de las armas nucleares mediante un convenio sobre armas nucleares¹². En este caso, la CIJ omite, convenientemente, hacer una distinción fundamental entre posesión y empleo de armas de destrucción masiva y no incluye en la Opinión un análisis de los aspectos claves del TNP.

Significación global del TNP

El TNP es el tratado multilateral general clave que se refiere, en particular, a las armas nucleares. El TNP no es un tratado de desarme y se diferencia precisamente del CAB y del CAQ en este aspecto. Como implica el título, TNP, la finalidad principal del tratado es evitar la proliferación de armas nucleares, especialmente la proliferación horizontal. Cuando se suscribió el TNP, se permitió que los cinco Estados declarados como poseedores de armas nucleares las sigan teniendo, pero puede argüirse que es una medida provisional hasta que estos Estados firmen un acuerdo sobre el desarme nuclear total¹³. No debe deducirse que, a

⁹ Opinión, párr. 57.

¹⁰ Convención del 10 de abril de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción.

¹¹ Convención del 13 de enero de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.

¹² Opinión, párr. 57.

¹³ En el artículo VI del TNP (véase nota 8), se estipula que: «Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo un estricto y eficaz control internacional».

causa de la concesión discriminatoria del TNP con respecto a la actual posesión, se autoriza o no se prohíbe el empleo de armas nucleares.

Mucho antes de la firma del CAB y del CAQ, ya había una norma en el derecho internacional contra el empleo de las armas biológicas y químicas. Estos regímenes especiales de tratado fueron negociados para lograr que no se empleen esas armas en la guerra y en reconocimiento del hecho de que la prohibición existente del empleo no es, de por sí, una garantía de que no serán empleadas. Así pues, aunque era necesario negociar un régimen de tratado general a fin de eliminar esas armas, no puede argüirse que no hubiera una disposición en derecho internacional con respecto a la prohibición de su empleo. La Corte señala que tanto el CAB como el CAQ habían sido negociados y aprobados «en [su] propio contexto y por [sus] propias razones»¹⁴. Sin duda, es así porque se requieren regímenes convencionales especiales para lograr una eliminación total de las diferentes categorías de armas ya que, inevitablemente, en éstos hay implicaciones específicas para la verificación de la observancia de dichos regímenes. Dada la falta de un convenio relativo a armas nucleares en el que figure una prohibición general de la posesión y del empleo de las mismas, es difícil argüir que está prohibida toda *posesión* de armas nucleares. Cualquier tentativa para la eliminación total de las armas nucleares requiere necesariamente la negociación de un régimen de tratado con disposiciones específicas sobre la destrucción de depósitos, la verificación de la observancia y la continuación de empleos de la energía nuclear con fines pacíficos.

En la Opinión no se puntualiza que 183 Estados son ahora Partes en el TNP¹⁵, de los cuales 178 han decidido respetar una prohibición general de la producción, la adquisición, el almacenamiento, las pruebas y el empleo de armas nucleares. El *non liquet* sobre la cuestión de si es legal o no la amenaza o el empleo de armas nucleares es, por consiguiente, discriminatorio, porque solo se aplica a los cinco Estados poseedores de armas nucleares que no son Partes en el TNP (precisamente los miembros permanentes del Consejo de Seguridad) y a los Estados que se han negado a suscribir el régimen del TNP. Para los demás Estados, el derecho internacional relativo a las armas nucleares es bastante claro: la amenaza o el empleo de armas nucleares es ilegal, dado que, de conformidad con

¹⁴ Opinión, párr. 57.

¹⁵ En 30 de septiembre de 1996.

el derecho convencional, está prohibido específica y explícitamente. Se pasa por alto la significación normativa del TNP en la Opinión consultiva, en la que se agrupa el debate relativo al TNP y el relativo a los tratados zonales acerca de las zonas libres de armas nucleares.

¿Aquiescencia de los Estados no poseedores de armas nucleares al posible empleo de armas nucleares?

Haciendo una relación entre el TNP y los Tratados de Tlatelolco¹⁶ y de Rarotonga¹⁷ y sus Protocolos, la Corte pone de relieve las garantías de seguridad positivas¹⁸ y negativas¹⁹ que dan los Estados poseedores de armas nucleares, de conformidad con estos instrumentos, así como con las declaraciones hechas, el año de 1995, en Nueva York, por los representantes de estos Estados en la Conferencia de examen y prórroga del TNP²⁰. Estas garantías de seguridad incluyen reservas de los Estados nucleares por lo que atañe al empleo de armas nucleares en ciertas circunstancias²¹. Puesto que los Estados nucleares no se sienten obligados por una prohibición de la amenaza o del empleo de armas nucleares, la Opinión parece mantener que no existe dicha prohibición. La mayoría de los miembros de la Corte señala que los Estados Partes en los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga no se habían opuesto a las reservas en cuanto al posible empleo de armas nucleares, formuladas por los Estados poseedores de armas nucleares con respecto a los Protocolos de esos tratados²². La implicación es que ese asentimiento es una prueba más de que los Estados no consideran, en la práctica, que haya una prohibición de la amenaza o del empleo de armas nucleares.

¹⁶ Tratado del 14 de febrero de 1967 para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina.

¹⁷ Tratado del 6 de agosto de 1985 sobre la Zona Libre de Armas Nucleares del Pacífico Sur.

¹⁸ Las declaraciones son positivas en el sentido de que los Estados que poseen armas nucleares ayudarán a un Estado Parte que no posee armas nucleares que sea objeto de un ataque mediante armas nucleares.

¹⁹ Las garantías de seguridad son negativas en el sentido de que los Estados que poseen armas nucleares no podrán emplearlas contra los Estados que no las poseen y que son Partes en los diferentes instrumentos. Estas garantías van acompañadas usualmente de reservas según las cuales la garantía no será aplicable en el caso de que un Estado Parte que no posea armas nucleares sea un aliado de un Estado que las posee y que esté en conflicto armado contra otro Estado. En cuanto a las garantías de seguridad que dimanen de los Tratados de Tlatelolco y Rarotonga, véase Jozef Goldblat, *Arms Control*, 1994, pp. 150-155.

²⁰ Véase Doc. de la ONU S/Res/984 (1995), en el que se señalan las garantías de los Estados que poseen armas nucleares.

²¹ Opinión, párr. 62(b).

²² *Ibid.*, párr. 62(c).

El vicepresidente Schwebel es más explícito en cuanto al asentimiento de los Estados que no poseen armas nucleares con respecto a la posición de los Estados que las poseen, que se reservan el derecho a emplear armas nucleares en ciertas circunstancias. En su dictamen disidente, arguye explícitamente que, para adoptar esta posición, se basa en la práctica de que muchos Estados en el mundo que no poseen armas nucleares se cobijan bajo la sombrilla nuclear de los aliados que las poseen²³. El juez Schwebel reconoce que es demasiado argüir que dicho consentimiento sirva de apoyo para una *opinio juris* en favor de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares (dada, especialmente, la vehemente protesta formulada, en sucesivas resoluciones, por la Asamblea General de las Naciones Unidas)²⁴. Sin embargo, arguye que sirve para «anular el origen o la supervivencia de una *opinio juris* en contrario»²⁵.

El análisis del juez Schwebel del efecto del consentimiento de los Estados que no poseen armas nucleares «que se cobijan bajo la sombrilla nuclear» de los aliados que las poseen podría ser, sin duda alguna, impugnado por muchos de los Estados «beneficiarios». Como parte en la ANZUS²⁶, la alianza de seguridad tripartita entre Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos, el Estado del que soy ciudadano, Australia, está bajo la sombrilla nuclear estadounidense desde 1951. A pesar de una aparente contradicción, el Gobierno australiano ha argumentado que la amenaza o el empleo de armas nucleares es ilegal en todas las circunstancias²⁷. Además, ha afirmado constantemente que en el artículo VI del TNP se impone una obligación a los Estados Partes que poseen armas nucleares de trabajar por (y lograr) el desarme nuclear total²⁸. El derecho

²³ Dictamen disidente del Juez Schwebel.

²⁴ La serie de resoluciones comienza con la resolución 1653 del año 1961 de la AG de la ONU.

²⁵ Dictamen disidente del Juez Schwebel.

²⁶ Tratado de Seguridad del 1 de septiembre de 1951 entre Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América.

²⁷ Véase, por ejemplo, la declaración oral en nombre de Australia del Senador Gareth Evans QC, Ministro de Relaciones Exteriores, «International Court of Justice: Requests for Advisory Opinions on nuclear weapons submitted by the World Health Organization and the United Nations General Assembly — The case for illegality», reimpressa en *Australian International Law Journal*, 1994-95, p. 178.

²⁸ Véase, por ejemplo, la declaración de Richard Starr, Embajador para el Desarme, Comité Principal 1 de la Conferencia de las Partes en el TNP para el examen y la prórroga del Tratado, Nueva York, 19 de abril de 1995; y la declaración de clausura de Richard Butler, representante permanente de Australia en la Conferencia de las Partes en el TNP para el examen y la prórroga del Tratado, Nueva York, 12 de mayo de 1995 (copias en los archivos del autor). Véase, asimismo, Gareth Evans y Bruce Grant, *Australia's foreign relations: In the world of the 1990's*, segunda edición, 1995, p. 86.

de los Estados poseedores de armas nucleares a tenerlas, al menos provisionalmente, no les confiere automáticamente el derecho a emplear armas nucleares. Puede argumentarse que el derecho a poseer armas nucleares se justifica por el hecho de que el desarme nuclear unilateral por los cinco Estados que poseen armas nucleares y que son partes en el TNP no es factible ni deseable²⁹. Se permite la posesión a condición de una reducción por fases que, eventualmente, lleve a la total eliminación de las armas nucleares.

El juez Schwebel cita, aprobatoriamente, el argumento formulado por el Reino Unido ante la Corte de que «toda la estructura del Tratado sobre la no proliferación (...) presupone que las Partes no consideran que el empleo de armas nucleares estuviera prohibido en todas las circunstancias»³⁰. Sin embargo, muchos Estados que no poseen armas nucleares y que son Partes en el TNP argüirían que un derecho admitido de posesión, hasta la suscripción de un acuerdo sobre la prohibición de la posesión y del empleo, no debe implicar que, entre tanto, se tiene derecho a emplear dichas armas. Más acertado aun sería decir que la estructura del TNP presupone que las partes aceptan como un hecho que esos cinco Estados posean armas nucleares. Los compromisos a los que se llega en el tratado son, por una parte, que los Estados que no poseen armas nucleares renuncien al derecho a desarrollar, adquirir, almacenar, probar y emplear armas nucleares, a cambio del acceso a la tecnología nuclear con fines pacíficos³¹ y, por otra, la obligación de los Estados que poseen armas nucleares de negociar, de buena fe, sobre la eliminación de los depósitos de armas nucleares³². El hecho de que estos Estados no hayan tomado esta obligación en serio ha sido una constante causa de frustración para aquéllos y de tensión entre ambos grupos de Estados. El preámbulo y todo el texto del TNP muestran que su finalidad es prevenir la proliferación horizontal de las armas nucleares y lograr su eventual eliminación. Así pues, la gran proliferación vertical en los Estados que poseen armas nucleares es claramente contraria al objeto y a la finalidad del tratado, así como a algunas obligaciones específicas en él determinadas³³.

Aunque sin decirlo explícitamente, la mayoría de los miembros de la Corte concluye, de hecho, que los cinco Estados que poseen armas nu-

²⁹ Cabe señalar que otro Estado, por lo menos, ha completado un desarme nuclear unilateral total y es ya Estado Parte que no posee armas nucleares en el TNP.

³⁰ Opinión disidente del Juez Schwebel.

³¹ Artículos II, IV y V.

³² Artículo VI.

cleares, más los Estados que se han negado rotundamente a ser partes en el TNP, están en la privilegiada posición de estar posiblemente autorizados a emplear armas nucleares en legítima defensa mientras que todos los otros Estados —a causa de las obligaciones dimanantes del TNP— no lo estarían. El efecto discriminatorio de esta conclusión es molesto para los Estados no nucleares que son partes en el TNP³⁴, lo que se pasa desdeñosamente por alto en los dictámenes disidentes de los jueces Shahabuddeen y Weeramantry. Según el juez Shahabuddeen, la conclusión de la Corte equivale a decir que los principales objeto y finalidad del TNP no son evitar la generalización de armas peligrosas, sino garantizar que el «disfrute [*sic*] de su empleo está limitado a una minoría de Estados».

La Corte concluye, unánimemente, que hay una obligación jurídica internacional de mantener y llevar a cabo negociaciones para el desarme nuclear total bajo «un estricto y eficaz control internacional»³⁵. Desafortunadamente, la implicación de su *non liquet* por lo que atañe a la amenaza o al empleo de las armas nucleares es que solo un tratado específico en el que se requiera el desarme nuclear total acabará con la incertidumbre. A falta de dicho instrumento, el hecho de que se acepte la posesión es considerado como una evidencia de que no hay una prohibición clara y total de su empleo. Según la opinión de la mayoría de los magistrados, incluso los principios generales del derecho internacional humanitario que son reafirmados como normas consuetudinarias y que se aplican a la amenaza o al empleo de armas nucleares no impiden el *non liquet*.

3. Los principios generales del derecho internacional humanitario

Fases del razonamiento de la Corte

Varias fases del razonamiento de la Corte son esenciales para comprender su enfoque en cuanto a los principios generales del derecho

³³ Mientras que la significativa reducción de los arsenales nucleares de Estados Unidos y la Federación de Rusia de conformidad con los Acuerdos START bilaterales entre los dos Estados han sido alentadores, no hay aún garantía en cuanto al restante número de cabezas nucleares por ambas partes. Véase, en particular, *Report of the Canberra Commission on the Elimination of Nuclear Weapons*, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, Canberra, 1996, pp. 24-28.

³⁴ Como queda de relieve en las declaraciones hechas al respecto en la Conferencia de las Partes en el TNP para el examen y la prórroga del Tratado.

³⁵ Opinión, párr. 105(2)F.

internacional humanitario por lo que se refiere a la amenaza o al empleo de armas nucleares. En primer lugar, la Corte reconoce las características incomparablemente devastadoras de las armas nucleares. El proceso consiguiente a la fisión del átomo libera dos fuerzas diferentes: tanto «enormes cantidades de calor y de energía» como «una potente y prolongada radiación»³⁶. La Corte conviene en que los efectos de una explosión nuclear son considerablemente más potentes que los de las otras armas y que solo las armas nucleares producen el fenómeno de radiación³⁷.

En segundo lugar, la Corte dice que toda amenaza o todo empleo de armas nucleares está reglamentado por los pertinentes principios del derecho internacional, especialmente el derecho internacional humanitario. Esta obvia declaración del principio fue explícitamente aceptada por todos los Estados que comparecieron ante la Corte, incluidos los cinco Estados declarados como poseedores de armas nucleares³⁸.

En tercer lugar, la Corte identifica las normas consuetudinarias desarrolladas mediante la práctica de los Estados, que se relacionan con el asunto examinado. La Corte reitera, especialmente, el principio aceptado desde hace mucho tiempo de que «los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo»³⁹ y afirma que las limitaciones claves que incumben al asunto en cuestión son el muy conocido principio de distinción y la prohibición de causar sufrimientos innecesarios⁴⁰. Por el principio de distinción se brinda protección a los civiles atrapados en los conflictos armados. Las partes en un conflicto no pueden atacar a los civiles o emplear armas que no distinguan entre los objetivos militares y civiles⁴¹. En cuanto a la prohibición de causar sufrimientos innecesarios, se brinda protección a los combatientes que participan en un conflicto armado⁴². Las partes en un conflicto no tienen derecho a recurrir al empleo de armas que causen daños superfluos en relación con el logro de objetivos militares lícitos⁴³.

³⁶ *Ibid.*, párr. 35.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, párr. 22.

³⁹ Reglamento de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, art. 22.

⁴⁰ Opinión, párr. 78.

⁴¹ Véase IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁴² Opinión, párr. 78.

⁴³ *Ibid.*

Prima facie, la aplicación de estos principios a la amenaza o al empleo de armas nucleares, especialmente si se tienen en cuenta las primeras fases del razonamiento de la Corte, que han sido resumidas más arriba, llevaría a la conclusión de que son ilegales en casi todas las circunstancias imaginables. Sin duda alguna, el empleo de armas nucleares contra la población civil entraría en el ámbito de la prohibición. Sin embargo, con frecuencia se han esgrimido argumentos de que armas nucleares tácticas pequeñas y de poca potencia podrían ser empleadas contra objetivos militares apartados de centros de población civil y que un despliegue de esta índole no sería necesariamente contrario a los principios generales del derecho internacional humanitario⁴⁴. Muchos observadores esperaban que la Corte pusiera mucho más de relieve esta cuestión; como mínimo, parecía razonable pensar que trataría de explicar los «principios esenciales» del derecho internacional humanitario y se esforzaría por declarar su aplicación a diferentes situaciones en que haya amenaza o empleo de armas nucleares. Sin duda alguna, la aplicación de principios generales a situaciones específicas es fundamental para el proceso judicial. Como pone de relieve la jueza Higgins en el pasaje de su dictamen disidente citado al comienzo de este artículo, es lo que precisamente se supone que debe hacer la Corte.

Fallo en cuanto a la aplicabilidad de los principios generales

Como se ha dicho, la Corte no aborda, en absoluto, esta cuestión; declara simplemente que, mientras que el empleo de armas nucleares parece «difícilmente conciliable» con los principios generales del derecho internacional humanitario, no puede «concluir con certeza que el empleo de las armas nucleares estaría, necesariamente, en contradicción con los principios y las normas del derecho (...) en todas las circunstancias»⁴⁵. La Corte no da indicación alguna de las circunstancias particulares en que el empleo de las armas nucleares pueda avenirse con esos principios. En

⁴⁴ Véase, por ejemplo, William O'Brien, «Legitimate military necessity in nuclear war», 2 *World Polity*, 1960, p. 35. En cuanto al análisis *general* sobre la (in)compatibilidad de las armas nucleares tácticas con el derecho internacional humanitario, véase, por ejemplo, Burns H. Weston, «Nuclear weapons versus international law: a contextual reassessment», 28 *McGill Law Journal*, 1983, pp. 543, 581, 587; William R. Hearn, «The international legal regime regulating nuclear deterrence and warfare», 61 *British Yearbook of International Law*, 1990, pp. 199, 232-244; Daniel J. Arbess, «The international law of armed conflict in light of contemporary deterrence strategies: Empty promise or meaningful restraint?», 30 *McGill Law Journal*, 1984, pp. 89, 111-121; Elliot Meyrowitz, *Prohibition of nuclear weapons: The relevance of international law*, 1990, pp. 41-86.

⁴⁵ Opinión, párr. 95.

la primera frase del párrafo (2)E de la parte *dispositiva*, la Corte declara que la amenaza o el empleo de armas nucleares «sería *generalmente* contrario a las normas del derecho internacional aplicables en los conflictos armados». Mientras que la utilización de la reserva «generalmente» implica que puede haber una excepción a esta proposición, la Corte tampoco indica, al respecto, las circunstancias excepcionales en que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería conforme con esas normas. En su persuasivo dictamen disidente, la jueza Higgins critica el concepto de la ilegalidad general porque carece de precisión y por su consiguiente ambigüedad en relación con la pregunta planteada a la Corte, y que ésta decidió examinar pero que, después, según ella, no hizo adecuadamente:

«¿Que significa el término «generalmente»? ¿Es una alusión numérica o una referencia a los diferentes tipos de armas nucleares? ¿O es una sugerencia de que no se pueden observar las normas del derecho humanitario sino en casos excepcionales? Si es el caso, ¿cuál es el análisis de la Corte por lo que respecta a estas normas, en su sentido propio, y a su aplicación a las armas nucleares? ¿Cuáles son las eventuales excepciones que implica el término «generalmente»? ¿Deben relacionarse con una capacidad excepcional de observancia del derecho humanitario? (...). En la fraseología del párrafo (2)E de la parte *dispositiva*, se plantean todas estas preguntas, pero no se responde a ninguna de ellas.»⁴⁶

El fallo de la Corte en cuanto a la aplicabilidad de los principios del derecho internacional humanitario a la amenaza o al empleo de las armas nucleares es motivo para que varios jueces disientan de la Opinión conjunta. Los jueces Weeramantry y Koroma arguyen que las meras características devastadoras de las armas nucleares hacen que todos los empleos de esas armas sean contrarios a los principios generales del derecho internacional humanitario y que el propio razonamiento de la Corte debería llevar «inexorablemente» a esta conclusión⁴⁷. El juez Shahabuddeen sugiere que la Corte habría podido llegar a la conclusión de la ilicitud en todas las circunstancias ante las pruebas a ella presentadas y que, consiguientemente, el *non liquet* de la Corte es inadecuado⁴⁸.

La jueza Higgins, que también disiente de la Opinión, indica la índole del enfoque que, desde su punto de vista, la Corte habría debido plantearse

⁴⁶ Dictamen disidente de la jueza Higgins, párr. 25.

⁴⁷ Véanse dictámenes disidentes de los jueces Weeramantry y Koroma.

⁴⁸ Dictamen disidente del juez Shahabuddeen.

al examinar la aplicabilidad de los principios generales del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en relación con el principio general de distinción y su concomitante prohibición con respecto a las armas que no pueden diferenciar entre combatientes y no combatientes, la jueza Higgins reconoce, como una evidencia, que cualquier empleo de armas nucleares contra un objetivo civil es claramente ilegal. Sin embargo, el empleo de armas nucleares contra objetivos militares que pueda surtir efectos «colaterales» para los civiles es una cuestión más complicada. En este punto, el derecho requiere que se haga un balance entre necesidad militar y humanidad. Todos los daños «colaterales» deben ser proporcionales con respecto al logro de un objetivo militar legítimo, y esto implica inevitablemente cuestiones de grado. Aunque un objetivo sea legítimo y el empleo de armas nucleares sea el único medio para destruirlo, quien las utilice deberá también justificar una «necesidad» que pueda tener como consecuencia un daño colateral masivo para los civiles. La jueza Higgins dice que las armas nucleares «no son monolíticas en todos sus efectos» y que incluyen una variedad de armas⁴⁹. Sin embargo, añade que es ilegal, en la medida en que ninguna arma nuclear puede ser dirigida exclusivamente contra un solo objetivo militar, y que, por consiguiente, no distingue entre objetivos militares y civiles⁵⁰.

La jueza Higgins aborda también el tema de la prohibición general contra el despliegue de armas que causan sufrimientos innecesarios o daños superfluos. Explica que la expresión «sufrimientos innecesarios» no significa terribles sufrimientos. También en este caso, la aplicación de los principios generales requeriría hacer un balance entre necesidad militar y humanidad, pero no significa automáticamente que haya una prohibición contra un nivel objetivo de sufrimiento. Se trata aquí de una cuestión de principio: ¿qué necesidad militar puede llegar a ser tan grave como para justificar que se inflijan los sufrimientos que pueden causar las armas nucleares? La Corte habría debido plantearse este tipo de preguntas y, si había de dar una respuesta con reservas acerca de la legalidad de las armas nucleares, también habría tenido que responder a ellas.

4. Posible empleo lícito de las armas nucleares en defensa propia

Estas críticas de las conclusiones de la Corte ya dicen bastante. Sin embargo, la siguiente fase de la Opinión es la que desafía la lógica. La

⁴⁹ Dictamen disidente de la jueza Higgins, párr. 24.

⁵⁰ *Ibíd.*

Corte vuelve sobre la cuestión del derecho a recurrir a la fuerza en legítima defensa y articula el *non liquet* en su observación de que «no puede llegar a una conclusión definitiva por lo que respecta a la licitud o la ilicitud del empleo de armas nucleares por parte de un Estado en *una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que esté en juego su supervivencia misma*»⁵¹. Se repite esta misma frase en la segunda parte del subpárrafo (2)E de la parte *dispositiva*. Relacionando el *non liquet* con respecto al posible empleo legal de las armas nucleares en legítima defensa con la reserva de que el empleo sería «generalmente» contrario al derecho internacional humanitario, la Corte no excluye la posibilidad de que un empleo particular de armas nucleares sea legal aunque no se avenga con el derecho internacional humanitario⁵².

Esta conclusión no es solo una asombrosa confusión entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, como dice la jueza Higgins, sino que va también más allá de las más optimistas reivindicaciones de legalidad del empleo de las armas nucleares por parte de los Estados nucleares que comparecieron ante la Corte —de los cuales todos «aceptaron plenamente que todas las amenazas o los empleos de armas nucleares deberían ser conformes tanto con el *jus ad bellum* como con el *jus in bello*»⁵³. Cuando la Corte determina, en su Opinión conjunta, que los principios del derecho internacional humanitario se aplican a la amenaza o al empleo de armas nucleares, ya reconoce explícitamente que los Estados que poseen armas nucleares aceptan la aplicabilidad de esos principios⁵⁴. Es más, estos Estados solicitaron a la Corte que aplicara los principios generales del derecho internacional humanitario a la amenaza o al empleo de armas nucleares y concluyera que no todos los empleos son necesariamente contrarios a estos principios. Aunque algunos (o todos) los Estados que poseen armas nucleares creen en un derecho a emplear armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa, siguen aceptando la aplicabilidad de los principios humanitarios.

La consecuencia potencial más desconcertante del *non liquet* de la Corte es, quizás, la que hemos señalado más arriba. Prácticamente, de la incertidumbre del derecho internacional en cuanto a saber si las armas nucleares pueden ser utilizadas en legítima defensa solo se benefician los

⁵¹ Opinión, párr. 97 (énfasis añadido).

⁵² Dictamen disidente de la jueza Higgins, párr. 29.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Véase Opinión, párr. 22.

cinco Estados declarados como poseedores de armas y los tres llamados «Estados nucleares en las puertas» que decidieron no ser partes en el TNP como Estados que no poseen armas nucleares⁵⁵. Mientras que, sin excepción, los 178 Estados Partes que no poseen armas nucleares aceptaron la prohibición de la posesión y, consiguientemente, del empleo de armas nucleares, esos otros Estados no lo hicieron y los abogados de los Ministerios de Relaciones Exteriores en Jerusalén, Nueva Delhi e Islamabad habrán citado, sin duda alguna, la Opinión conjunta de la Corte para justificar la decisión del respectivo gobierno de no ser parte en el TNP. En cuanto a los Estados Partes que no poseen armas nucleares y cuyas relaciones son más bien poco buenas con uno de los tres «Estados nucleares en las puertas», tienen toda la razón para estar consternados: sin excluir la posibilidad de que los Estados empleen armas nucleares en legítima defensa, la Corte legalizó los programas de armas nucleares de los tres Estados no obligados por tratados especiales. ¿Por qué deberían esos Estados tener derecho a desarrollar programas de armas nucleares con la posibilidad de recurrir a ellas en legítima defensa, mientras que otros 178 Estados han aceptado una prohibición convencional de esa opción?

Ya hemos señalado la otra consecuencia negativa de la Opinión. La Corte ayuda a legalizar una división del derecho internacional reafirmando que los principios generales del derecho internacional consuetudinario no se aplican, automáticamente, a armas concretas. A falta de una prohibición convencional general y específica sobre la producción, la adquisición, las pruebas, el almacenamiento y el empleo de armas nucleares, la Corte no quiso declarar que la amenaza o el empleo de armas nucleares es ilegal en todas las circunstancias. No parece que importe lo desarrollados o lo ampliamente aceptados que estén los principios generales. Como ya hemos visto, la Corte reconoce explícitamente que los Estados que poseen armas nucleares aceptan la aplicabilidad de estos principios. Aun así, parece que insiste en el hecho de que la falta de acuerdo en la comunidad internacional sobre un desarme nuclear total es fundamental para su *non liquet*.

⁵⁵ Estos tres Estados son Israel, India y Pakistán. Los otros Estados no partes en el TNP —excepto Brasil, que se ha comprometido en una serie de salvaguardias nucleares a gran escala en un acuerdo bilateral con Argentina— incluyen Angola, Islas Cook, Cuba, Yibuti, Hong Kong, Omán y Taiwan. Estas entidades son difícilmente una amenaza en cuanto a la proliferación de armas nucleares.

5. Conclusión

Es verdad que la opinión de la Corte tiene algunas implicaciones positivas para el desarrollo del derecho internacional en cuanto a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares. La reafirmación unánime de la Corte de la obligación estipulada en el artículo VI del TNP de mantener y llevar a cabo negociaciones para el desarme nuclear⁵⁶ es una declaración útil aunque, en realidad, esta conclusión va más allá del objetivo de la solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Obviamente, hasta que no se haya llegado a un acuerdo, no se dispararán las tensiones Norte-Sur en relación con el TNP, el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares⁵⁷ y los actuales debates multilaterales sobre las armas nucleares.

También es cierto que es satisfactoria la declaración de la Corte, según la cual los principios del derecho internacional humanitario aplicables al desarrollo de las armas son derecho internacional consuetudinario y, por consiguiente, obligatorios sin tener en cuenta el consentimiento. Sin embargo, la incapacidad de la Corte para pasar de los principios generales a una prohibición sustantiva del empleo de armas nucleares debe ser motivo de preocupación. El derecho internacional de desarme con respecto a armas específicas está en un estado perpetuo de reacción, en espera de alcanzar lo que, eufemísticamente, suelen llamarse «progresos en la tecnología de las armas». El reciente acuerdo sobre la prohibición de las armas láser que causan ceguera, negociado como respuesta al desarrollo de una nueva tecnología pero antes del despliegue de esa tecnología, como arma de guerra, ha tenido un éxito sin precedentes⁵⁸. Con todo, en esta *cause célèbre*, las negociaciones de la comunidad internacional eran solo una respuesta a los desarrollos tecnológicos, y no los han impedido.

⁵⁶ Véase Opinión, párr. 98-103.

⁵⁷ El texto del Tratado fue presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas como UN Doc A/50/1027 (26 de agosto de 1996). El texto fue aprobado en una resolución en una reunión especial en que se convocaba el Quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General de la ONU. Véase A/RES/50/245 (20 de septiembre de 1996).

⁵⁸ Véase el texto del Protocolo IV adicional a la Convención sobre prohibiciones y restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse como excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, del 13 de octubre de 1995 (aún no ha entrado en vigor). Véase también B.M. Carnahan y M. Robertson, «The Protocol on «Blinding Laser Weapons»: A new direction for international humanitarian law», *American Journal of International Law*, 1996, p. 484; «La Conferencia de Examen de Viena: éxito en la cuestión de las armas láser que causan ceguera y punto muerto en la de las minas terrestres», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 309, noviembre-diciembre de 1995, p. 672.

La comunidad internacional ha aceptado, y sigue aceptando, los principios humanitarios generales. Sin embargo, la CIJ misma ha reconocido el triste hecho de que hay un vacío entre esos principios y su aplicación a categorías específicas de armas. Mientras no desaparezca tal deficiencia, se tendrá la sensación de que la comunidad internacional ha de continuar reaccionando siempre a la tecnología y a las nuevas expresiones de falta de humanidad. Aun así, podemos hacer grandes progresos con respecto a las armas nucleares. Pero, ¿habrá desarrollos tecnológicos futuros? En la actualidad, no se prevén o son inesperados. La CIJ tenía una oportunidad excepcional para pronunciarse con respecto a la aplicación de principios a la práctica. Aunque no pudo concluir que la amenaza o el empleo de armas nucleares son contrarios a esos principios en todas las circunstancias, habría podido, al menos, emprender el proceso de su aplicación. Es lamentable que la Corte no haya aprovechado más resueltamente esta oportunidad.
