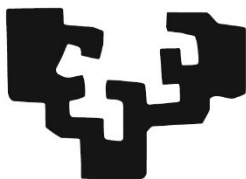


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho

Trabajo de Fin de Grado para la titulación del Grado en Derecho

Año académico 2018/2019

Régimen jurídico internacional de las armas nucleares: análisis de su legalidad desde el Derecho Internacional Humanitario

Trabajo realizado por Raquel Carro Andollo

Dirigido por Iker Zirion Landaluze



Índice

| | |
|--|----|
| Abreviaturas empleadas..... | 3 |
| 1. Introducción..... | 4 |
| 2. Marco teórico | 6 |
| 2.1. Las armas nucleares..... | 6 |
| 2.1.1. Definición | 6 |
| 2.1.2. Efectos | 7 |
| 2.2. El Derecho Internacional Humanitario y su aplicación a las armas nucleares | 8 |
| 2.2.1. El Derecho Internacional Humanitario: definición y evolución..... | 9 |
| 2.2.2. Los principios del DIH y las armas nucleares | 9 |
| 2.3. La Corte Internacional de Justicia y su función consultiva..... | 13 |
| 3. Análisis de la aplicación de los principios de DIH a las armas nucleares en la Opinión consultiva de la CIJ | 15 |
| 3.1. Solicitud y consideraciones generales sobre la Opinión consultiva | 15 |
| 3.2. El principio de distinción y la prohibición de utilizar armas indiscriminadas | 18 |
| 3.3. El principio de prohibición de causar sufrimientos innecesarios o males superfluos..... | 20 |
| 3.4. La Cláusula Martens | 21 |
| 3.5. El principio de proporcionalidad | 22 |
| 3.6. El principio de protección del medioambiente | 23 |
| 3.7. El carácter <i>Jus cogens</i> de los principios del DIH..... | 26 |
| 4. La prohibición humanitaria de las armas nucleares: el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares | 27 |
| 4.1. La iniciativa humanitaria de prohibición armamentística: analogía con otras armas | 27 |
| 4.1.1. La prohibición de las minas antipersona..... | 28 |
| 4.1.2. La prohibición de las municiones de racimo | 29 |
| 4.1.3. La prohibición de las armas biológicas y las armas químicas | 30 |
| 4.2. El proceso de creación del TPAN | 31 |
| 4.3. El contenido humanitario del TPAN | 32 |
| 4.4. Análisis del Tratado y su relación con el Tratado de No Proliferación Nuclear .. | 34 |
| 4.5. Efectos de la aprobación del TPAN | 36 |
| 5. El futuro de las armas nucleares | 38 |
| 5.1. El TPAN y su entrada en vigor..... | 38 |
| 5.2. La evolución de otros tratados relacionados con las armas nucleares | 41 |
| 5.3. El Caso de las Islas Marshall | 45 |
| 6. Conclusiones..... | 47 |
| 7. Bibliografía | 49 |

Abreviaturas empleadas

| | |
|---------|---|
| AG | Asamblea General de las Naciones Unidas |
| CD | Conferencia de Desarme |
| CICR | Comité Internacional de la Cruz Roja |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| DIH | Derecho Internacional Humanitario |
| EE. UU. | Estados Unidos |
| ENMOD | Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976 |
| NUUU | Naciones Unidas |
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| ONG | Organización No Gubernamental |
| OTAN | Organización del Tratado del Atlántico Norte |
| SIV | Sistema Internacional de Vigilancia |
| TNPN | Tratado de No Proliferación Nuclear de 1968 |
| TPAN | Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares de 2017 |
| TPCEN | Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares de 1996 |

1. Introducción

Faltan dos minutos para la medianoche. En 1947 el Boletín de Científicos Atómicos creó el llamado Reloj del Apocalipsis para simbolizar cómo de cerca está la humanidad de su destrucción total, actualizándolo cada año. 2019 es el segundo año consecutivo en el que el reloj se sitúa a dos minutos de la catástrofe, principalmente debido a la amenaza nuclear. La humanidad no se encontraba a este nivel de riesgo desde el año 1953, en plena Guerra Fría. Este simple símbolo nos muestra que la amenaza es real y que las armas nucleares no son un tema del pasado. Las relaciones entre Estados Unidos y Rusia empeoran mientras el actual presidente estadounidense retira al país de varios tratados nucleares. Entre ellos se encuentra el acuerdo con Irán, actor importante en Oriente Medio, donde no se ha conseguido crear una zona libre de armas nucleares, y la amenaza de Israel sobre sus vecinos persiste. Mientras, las tensiones entre Pakistán y la India aumentan, especialmente debido al reciente enfrentamiento en la región de Cachemira; y Corea del Norte se niega a renunciar a sus armas y sigue probando misiles de corto alcance. Además, lejos de proceder a la destrucción de sus arsenales, los Estados nucleares los están modernizando, incumpliendo así sus obligaciones de desarme.

La legalidad de las armas nucleares ha sido puesta en cuestión desde su creación y único uso en 1945. Teniendo en cuenta la preocupación de los Estados por la proliferación de las armas nucleares, o más bien por la proliferación de los Estados poseedores de estas, en 1968 se adopta el Tratado de No Proliferación. Este Tratado ha sido el principal instrumento nuclear hasta que el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares fue adoptado en 2017. Si bien aún no se encuentra en vigor, finalmente se ha conseguido crear un instrumento que deja fuera de la legalidad a las armas nucleares y lo hace en base a consideraciones humanitarias. Esto no es nuevo, ya en el año 1996 la Corte Internacional de Justicia fue consultada sobre la legalidad del uso de estas armas. A pesar de declarar que su uso era difícilmente compatible con el Derecho Internacional Humanitario (DIH), no se atrevió a dar el paso y determinar su ilegalidad absoluta. Esta Opinión más que responder preguntas, creó otras nuevas, y hoy en día la doctrina aún se encuentra dividida sobre la legalidad del uso de las armas nucleares y su compatibilidad con el *Jus in bello*.

En este trabajo nos centraremos en el régimen jurídico de las armas nucleares y cuestionaremos su compatibilidad con los principios del DIH. Para ello vamos a basarnos principalmente en una metodología analítica, desarrollada por medio de la revisión bibliográfica, concretamente de fuentes secundarias. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia tendrá un papel fundamental en el

desarrollo del trabajo, especialmente la Opinión consultiva referente a la legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares de 1996, pero también otras sentencias relevantes como el Caso de las Islas Marshall de 2016. Todo esto sin olvidarnos de los textos legales, que son la base de cualquier análisis jurídico.

Comenzaremos el estudio con un marco teórico en el que se definen las armas nucleares y sus efectos. También estudiaremos los tres principios del DIH analizados por la Corte en la Opinión consultiva de 1996: el principio de distinción, la prohibición de sufrimientos innecesarios y la Cláusula Martens. Además, por su relevancia en cuanto a su compatibilidad con las armas nucleares, también analizaremos el principio de proporcionalidad y el de protección del medioambiente. Como hemos dicho, algunos de estos principios fueron analizados en la Opinión consultiva, por eso también es importante conocer la regulación de la función consultiva.

El tercer punto analiza la Opinión en profundidad, estudiando la compatibilidad de las armas nucleares con los cinco principios del Derecho Internacional Humanitario mencionados. Nos referimos a una opinión que fue polémica en su momento, con la que ni siquiera los jueces parte del tribunal estuvieron totalmente de acuerdo, y que hoy en día sigue siendo relevante por la cantidad de preguntas que dejó sin responder.

El siguiente apartado se centra en una realidad actual como es el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares. Este Tratado nace de una iniciativa humanitaria, similar a la que llevó a la prohibición de otras armas. Tanto su preámbulo, como su articulado reflejan esas bases en el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, una norma no tiene sentido si no es efectiva, por lo que es preciso analizar cuál es su estatus actual y qué efectos ha tenido hasta ahora.

Por último, concluiremos este trabajo con un estudio de las posibles perspectivas de futuro de las armas nucleares. Además del Tratado que prohíbe estas armas, existen otras normas internacionales relacionadas con ellas, en diferentes estados de negociación o vigencia, que podrían afectar al régimen jurídico actual. Si bien los Estados nucleares se han mostrado reticentes a avanzar hacia un mundo sin armas nucleares, otros países se han ocupado de tomar la iniciativa. Esto no solo queda reflejado en la creación del nuevo Tratado, sino también en el reciente caso de las Islas Marshall en el que este pequeño país demandó a los Estados nucleares ante la Corte Internacional de Justicia por el incumplimiento de sus obligaciones de desarme. Desafortunadamente estas demandas no fueron fructíferas, pero abren el camino para que otros países sigan poniendo en cuestión su legalidad y se pueda avanzar hacia un futuro libre de armas nucleares.

2. Marco teórico

2.1. Las armas nucleares

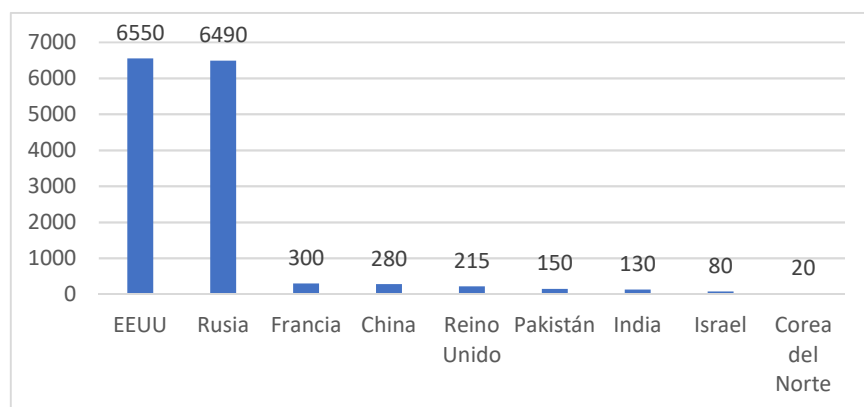
2.1.1. Definición

Un arma nuclear es cualquier arma que deriva su fuerza destructiva de reacciones nucleares en cadena. Dicha reacción nuclear puede ser por fisión o por una combinación de fisión y fusión. Estas armas, debido a sus efectos, son consideradas armas de destrucción masiva¹, ya que utilizan un combustible nuclear que puede contener plutonio, uranio-233, uranio-235 o cualquier otro material capaz de liberar cantidades sustanciales de energía atómica². Cualquier detonación nuclear viene acompañada por una ráfaga de radiación. Además, la fisión nuclear también produce desechos radioactivos, conocidos comúnmente como lluvia nuclear.

El Tratado de No Proliferación Nuclear (en adelante TNP) crea dos categorías de países, los nucleares y los no-nucleares, utilizando para su distinción el hecho de que hubieran o no detonado un explosivo nuclear antes del 1 de enero de 1967. En base a esta separación el Tratado establece un régimen de derechos y obligaciones diferente para ambos grupos. De acuerdo con esto, son cinco los países poseedores de armas nucleares reconocidos legalmente como tales: Estados Unidos, Rusia, Reino Unido, Francia y China. Actualmente, la India, Pakistán, Corea del Norte e Israel son también potencias nucleares, aunque no oficialmente reconocidas por el Tratado.

Si bien es imposible conocer los datos exactos, se estima que la cuantía actual de armas nucleares supera las 14.000³ (datos actualizados a 18 de marzo de 2019) repartidas de la siguiente manera:

Gráfico 1. Número de armas nucleares por país



Fuente: elaboración propia a partir de datos de Ploughshares Fund (2019).

¹ USLegal (2019). Nuclear Weapons Law and Legal Definition. Disponible en <https://definitions.uslegal.com/n/nuclear-weapon/>

² Apartado I.c) del Anexo II al Protocolo N° III sobre control de armamentos del Tratado de Bruselas, enmendado por el protocolo que modifica y completa el Tratado de Bruselas, firmado en París el 23 de octubre de 1954.

³ Ploughshares Fund (2019). World Nuclear Weapon Stockpile. Disponible en <https://www.ploughshares.org/world-nuclear-stockpile-report>

2.1.2. Efectos

En cuanto a los efectos de las armas nucleares, lo cierto es que no son comparables a los causados por armas convencionales. Su análisis es pertinente ya que puede condicionar su legalidad, como analizaremos posteriormente. El Derecho Internacional Humanitario, el cual regula la conducta de los conflictos armados con el fin de limitar sus efectos y proteger a quienes no participan en las hostilidades, pone límites a las armas que se pueden emplear. Por ejemplo, las armas que causen sufrimientos innecesarios o las armas que produzcan efectos indiscriminados quedan prohibidas. Es por eso que es necesario analizar cuáles son los efectos del uso de las armas nucleares para después poder determinar si son compatibles con esta rama del Derecho.

La explosión de un arma nuclear produce tres fenómenos que contribuyen a su gran poder destructivo: liberación de calor, onda expansiva y radiación. La explosión de la bomba produce altas temperaturas, pudiendo alcanzar los 7.000 °C y provocando graves quemaduras en un radio de hasta tres kilómetros de la explosión. Inmediatamente después se producen una serie de ondas expansivas desplazando a personas y objetos a velocidades supersónicas, y provocando la caída de objetos y edificios. Como consecuencia del calor se forman numerosos incendios y con ellos pueden darse más explosiones, pudiendo producirse una gran tormenta de fuego y provocando muertes por asfixia debido a la falta de oxígeno⁴. También es probable que las instalaciones sanitarias sean destruidas o al menos dañadas, y que haya interrupciones en el suministro de energía eléctrica y agua. Estos factores, junto a la dificultad de acceso por el daño en las infraestructuras, hacen que la atención a las víctimas sea difícil y tardía.

A mayor o menor nivel, la explosión y el calor son efectos comunes a otras armas explosivas, pero lo que diferencia a las armas nucleares es la radiación. Numerosas personas que sobreviven a la onda de expansión y al calor fallecen en las siguientes semanas o meses debido a los efectos de la radiación, siendo personas que se encontraban más lejos del epicentro de la explosión. Y aun las que sobreviven ese primer tramo de tiempo, tendrán un mayor riesgo durante toda su vida de contraer ciertos tipos de cánceres, como leucemia o cáncer de tiroides. Además de ese riesgo, pasadas varias décadas aún aparecen otros efectos como cataratas o anomalías congénitas⁵, lo que significa que personas que ni siquiera habían nacido en el momento de la explosión se ven afectadas por ella.

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja (2013). "Efectos de las armas nucleares en la salud humana". Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/2013/4132-1-nuclear-weapons-human-health-2013.pdf>

⁵ Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart y Golden Bersagel, Annie (eds.) (2015). *Nuclear Weapons under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 7.

Los datos disponibles sobre las consecuencias de la bomba nuclear provienen de las dos ocasiones en las que se han usado en agosto de 1945: Hiroshima y Nagasaki. Para finales de ese año se estimaba que las muertes en Hiroshima habían sido entre 100.000 y 140.000; mientras que en Nagasaki habían sido entre 60.000 y 70.000. Para finales de 1950 esas cifras prácticamente se habían doblado⁶. A ese terrible número de víctimas hay que sumar las muertes causadas en años posteriores debido a la radiación, cuyos efectos aún persisten hoy en día, más de siete décadas después de las detonaciones de las bombas.

Los efectos de las bombas nucleares no se limitan a víctimas humanas, sino que también causan una gran destrucción medioambiental. En total, unos 13 km² en Hiroshima y 6,7 km² en Nagasaki quedaron totalmente destruidos como consecuencia del calor, el fuego y la onda de choque⁷. La radiación afecta significativamente a algunas especies de plantas, a los cultivos, al ganado y al ecosistema marino. Si hablamos de un conflicto nuclear a gran escala, estos efectos pueden ser tan importantes que provoquen daños ambientales que afecten a varios países, causados por la expansión de la radiactividad por el viento, y cambios en el clima⁸. Por eso en el análisis de las armas nucleares también cobran relevancia las normas relativas a la protección del medioambiente, a las que nos referiremos más adelante.

2.2. El Derecho Internacional Humanitario y su aplicación a las armas nucleares

El Tratado de No Proliferación Nuclear es la norma más conocida que regula la no-proliferación de estas armas y el desarme. Sin embargo, hay otros tratados relacionados con este tema, como los seis tratados que establecen zonas libres de armas nucleares, los que declaran libres de estas armas la Antártida y el espacio exterior, y los relativos a los ensayos nucleares. El Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (en adelante TPAN) firmado en 2017 es el instrumento más ambicioso hasta la fecha. Este tratado, aunque aún no está en vigor, es el primero que prohíbe las armas nucleares.

Además de los tratados específicos, otras ramas del Derecho Internacional son aplicables. En la medida en que estemos hablando de uso de la fuerza, las normas del *Jus ad bellum* (Derecho a la guerra) son aplicables. Igualmente lo son las normas relativas al desarrollo de conflictos armados, es decir, las normas de Derecho Internacional Humanitario o *Jus in bello* (Derecho de la guerra), en las que nos centraremos.

⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja (2013). *Op. cit.*

⁷ *Idem.*

⁸ Organización Mundial de la Salud (1993). 46ª Asamblea Mundial de la Salud, punto 33 del orden del día: Efectos de las Armas Nucleares en la Salud y el Medio Ambiente.

2.2.1. El Derecho Internacional Humanitario: definición y evolución

El Derecho Internacional Humanitario (DIH), o *Jus in bello*, está formado por un grupo de normas con la finalidad de limitar los efectos de los conflictos armados por razones de carácter humanitario, también denominado Derecho de los conflictos armados o Derecho de la guerra. Tiene su origen en el Derecho consuetudinario y como tal, este sigue siendo muy relevante. A pesar de que todos los Estados han firmado y ratificado las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, no es el caso del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante Protocolo Adicional I). Además, la práctica de los Estados, y con ella el Derecho consuetudinario, cubren muchas de estas lagunas del Derecho convencional y conllevan una aplicación universal de muchos principios de DIH.

Ya en su primera decisión judicial de 1949, el caso del canal de Corfú⁹, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se refirió al carácter consuetudinario de los tratados de DIH. En su opinión, muchas de las normas contenidas en las Convenciones de Ginebra no son más que la redacción y el desarrollo de principios que ya existían. Lo mismo declaró sobre el Derecho de La Haya en la Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares de 1996¹⁰ (en adelante Opinión consultiva). La Corte declaró que el hecho de que esos tratados nunca hayan sido denunciados y su universalidad hacen que el contenido sea ya parte del Derecho consuetudinario. El caso del Protocolo Adicional I no es tan claro. De acuerdo con el órgano judicial de Naciones Unidas (NNUU), algunas de las normas del Protocolo son la expresión de la costumbre internacional que ya existía con anterioridad, como la Cláusula Martens, aunque no todas ellas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una gran cantidad de países han firmado y ratificado este instrumento, y esto podría ser una prueba fehaciente de que el Protocolo está inmerso en un proceso hacia su transformación en Derecho consuetudinario¹¹.

2.2.2. Los principios del DIH y las armas nucleares

Es cierto que la mayoría de principios del DIH son anteriores a la invención y uso de las armas nucleares. Además, estas no son explícitamente mencionadas en instrumentos de carácter humanitario posteriores como las Convenciones de Ginebra de 1949 y 1974-1977. Sin embargo, tal y como establece la Corte en su Opinión consultiva, esto no quiere decir que los principios y las normas del DIH no se apliquen a las armas

⁹ Corte Internacional de Justicia, "Caso del canal de Corfú" (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte v. Albania), sentencia de 15 de diciembre de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, p. 244.

¹⁰ Corte Internacional de Justicia, "Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares", Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

¹¹ Chetail, Vincent (2003). "The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law". *International Review of the Red Cross*, 85(850), pp. 246-247.

nucleares, ya que esto iría en contra de su carácter humanitario, siendo de aplicación a todos los conflictos armados y a todo tipo de medios y métodos de guerra. De hecho, ninguno de los países que participó en el procedimiento ante la Corte puso en cuestión la aplicabilidad del DIH a las armas nucleares, aunque sí señalaron interpretaciones y consecuencias diferentes de esa aplicación.

En cuanto al carácter consuetudinario de los principios del DIH, es un tema controvertido. Hay algunos principios respecto a los cuales la mayoría de la doctrina se muestra de acuerdo en que forman parte del Derecho consuetudinario. Hay otros principios cuyo carácter no es tan claro. Para nuestro análisis nos referiremos al Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario realizado por Henckaerts y Doswald-Beck en 2007 a solicitud del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR). Además, estos autores también contaron con la colaboración de equipos de investigación de 47 países, expertos universitarios y gubernamentales y el equipo de investigación del CICR. En este estudio se analizan diversas fuentes para determinar si un principio es consuetudinario o no. En concreto, se estudian los tratados internacionales que contienen ese principio, manuales militares de numerosos países, otras pruebas de la práctica nacional como declaraciones oficiales, legislación nacional, jurisprudencia nacional, resoluciones de Naciones Unidas, documentos de otras organizaciones internacionales y, por supuesto, jurisprudencia internacional. Por tanto, podemos determinar que es un estudio bastante pormenorizado y preciso del carácter de los principios de DIH.

La CIJ en su Opinión consultiva referente a las armas nucleares hace referencia a tres principios de DIH: el principio de distinción, el principio de prohibición de males superfluos o sufrimientos innecesarios y la Cláusula Martens.

El primer principio analizado por la Corte, el de distinción, puede a su vez dividirse en dos subprincipios: distinción entre civiles y combatientes, por un lado, y distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares, por otro. De acuerdo con este principio los ataques solo pueden dirigirse contra combatientes y objetivos militares. En la Opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares, la CIJ declaró que este principio es uno de los principios cardinales del DIH, y también un principio inviolable del Derecho consuetudinario. Actualmente la norma queda recogida de forma explícita en los artículos 48, 51.2 y 52.2 del Protocolo Adicional I, y también es una norma de Derecho consuetudinario de acuerdo con el Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario

consuetudinario del CICR, en los capítulos 1 a 3. Algunos autores¹² argumentan que este principio tiene carácter de *Jus cogens*, de lo cual hablaremos más adelante.

Unida a este principio tenemos la prohibición de ataques indiscriminados, recogida en el artículo 51.4 del Protocolo Adicional I. Se considera indiscriminado todo ataque que no está dirigido contra un objetivo militar concreto, que emplea armas que no pueden dirigirse contra dicho objetivo o cuyos efectos es imposible limitar en cumplimiento de las exigencias del DIH. Por tanto, los ataques indiscriminados alcanzan sin distinción tanto a personal y objetivos militares como a personas y bienes de carácter civil, o tienen efectos imposibles de controlar, bien sea en el tiempo, bien sea en el espacio.

El segundo principio analizado por la CIJ es el de daños superfluos o sufrimientos innecesarios. El DIH permite la violencia, pero prohíbe causar este tipo de daños o sufrimientos. Además de su carácter consuetudinario (norma 70 del Estudio del CICR), también lo encontramos en numerosos instrumentos como la Declaración de San Petersburgo de 1868, los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 o el Protocolo Adicional I. En la Opinión consultiva la CIJ declaró que este es otro de los principios cardinales del DIH.

En la práctica diversas armas han sido consideradas capaces de causar este tipo de efectos, como las balas expansivas, el veneno o las armas envenenadas, las armas biológicas y químicas, las minas antipersona o las armas nucleares, aunque no existe consenso. El uso de la mayoría de estas armas está prohibido en base a diferentes normas como la Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899, el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925, las Convenciones sobre Armas Biológicas y las Químicas, la Convención sobre las Minas Antipersona y el reciente Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares.

El último de los tres principios explícitamente mencionados por la Corte es la Cláusula Martens y es el más abstracto. En base a este principio, en toda cuestión que no quede regulada por las disposiciones adoptadas, tanto los beligerantes como los civiles “quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”¹³. Su propósito es que, aunque haya situaciones no previstas por ningún tratado, toda conducta de los beligerantes

¹² Quéguiner, Jean-François (2016). “The principle of distinction: beyond an obligation of customary international humanitarian law” en Howard M. Hensel (ed.) *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate: Hampshire, pp. 169-170.

¹³ Párrafo 9 del preámbulo de la Convención II de La Haya de 1899 relativa a las leyes y uso de la guerra terrestre.

quede regulada mínimamente por los principios de la Cláusula, asegurando así cierta protección a las personas afectadas por los conflictos armados.

La Cláusula toma su nombre de la declaración leída por Fyodor Fyodorovich Martens, el representante ruso durante las Conferencias de La Haya. Se introduce por primera vez en el preámbulo de la Convención de La Haya de 1899, citado previamente, y después en el de la Convención de 1907 con pequeñas modificaciones. Inicialmente el propósito de la Cláusula era aportar ciertas normas de carácter humanitario residuales para la protección de la población en territorios ocupados, especialmente la de la resistencia armada¹⁴. Con el tiempo su aplicación se fue extendiendo y actualmente se aplica a la totalidad del ámbito del Derecho Internacional Humanitario.

La Cláusula Martens es también parte de los cuatro Convenios de Ginebra, concretamente en los artículos que hablan sobre la denuncia (artículos 63,62,142 y 158, respectivamente), determinando que:

“La denuncia... no surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

Como hemos indicado anteriormente, la propia CIJ afirma en la Opinión consultiva el carácter consuetudinario de los Convenios de Ginebra, algo que no es discutido normalmente por los Estados. Por tanto, estos artículos garantizan que ciertas obligaciones se van a seguir aplicando a los Estados en virtud del Derecho consuetudinario, a pesar de que hayan dejado de estar obligados por los Convenios de Ginebra como norma convencional¹⁵.

Además de estos tres principios mencionados explícitamente, la Opinión también analiza la compatibilidad de las armas nucleares con otros principios del Derecho Internacional Humanitario. Por su relevancia destacaremos los principios de proporcionalidad y el de protección del medioambiente.

En virtud del principio de proporcionalidad, queda prohibida toda acción militar cuyos daños causados superen significativamente la ventaja militar que pueda obtenerse con su utilización. Este principio aparece dos veces en el Protocolo Adicional I, en el artículo 51.5.b) y en el 57.2.a).iii). De igual manera, aparece recogido como costumbre internacional en la norma 14 del Estudio sobre el DIH consuetudinario del CICR. Este

¹⁴ Meron, Theodor (2000). “The Martens clause, principles of humanity and dictates of public conscience”. *The American Journal of International Law*, 94(1), pp. 78-80.

¹⁵ *Ibidem*, p. 80.

principio implica hacer una ponderación de los daños a la población civil y/o a bienes de carácter civil que se prevé que un determinado ataque cause, y de la ventaja militar concreta y directa que se espera conseguir. De este modo, dichos daños no deben ser excesivos en comparación con la ventaja que se espera obtener.

El último de los principios que analizaremos es el relativo a la protección del medioambiente y prohíbe su destrucción salvo necesidad militar imperiosa. Asimismo, no está permitido atacar objetivos militares cuando se prevea que los daños causados al medioambiente serán excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener (norma 43 del Estudio sobre DIH consuetudinario del CICR). Estas normas quedan reflejadas principalmente en las Directrices para la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado de 1994, que se consideran costumbre internacional. Con relación a este principio, también queda prohibido emplear métodos o medios de guerra que hayan sido creados para causar, o que se prevea que van a causar, daños severos, duraderos y graves al medioambiente. Como ejemplos de la regulación de este principio tenemos el artículo 35 del Protocolo Adicional I o las Directrices para la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado. Aunque su condición como DIH consuetudinario es debatida, en general se cree que sí lo es, al menos en lo que a armas convencionales se refiere. En este sentido cabe destacar que EE. UU., Francia y Reino Unido son objetores persistentes respecto a la aplicación de este precepto a las armas nucleares, y EE. UU. es un objetor persistente respecto a cualquier arma (norma 45 del Estudio sobre DIH consuetudinario del CICR).

2.3. La Corte Internacional de Justicia y su función consultiva

La Corte Internacional de Justicia es uno de los órganos principales de Naciones Unidas y el principal órgano jurisdiccional de la organización tal y como establece la Carta en su artículo 92. En cumplimiento de ese papel tiene una función contenciosa fundamental que es la de resolver las controversias entre Estados, pero no es la única. La Corte también tiene una función consultiva en base a la cual emite opiniones o dictámenes en respuesta a cualquier cuestión jurídica planteada por los órganos de Naciones Unidas o por los organismos especializados¹⁶. Cuando señalamos que las cuestiones presentadas ante la Corte deben ser jurídicas nos referimos a que deben estar redactadas en términos jurídicos y plantear problemas de Derecho Internacional¹⁷.

¹⁶ Casanovas, Oriol y Rodrigo, Ángel J. (2014). *Compendio de Derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, pp. 335-336.

¹⁷ Corte Internacional de Justicia, "Sahara Occidental", Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, *I.C.J. Reports 1975*, p. 12.

La competencia de la Asamblea General (AG) y del Consejo de Seguridad para solicitar una opinión es muy amplia ya que el único requisito es que se trate de cuestiones jurídicas¹⁸. El resto de órganos de NNUU y los organismos especializados solo podrán hacerlo sobre cuestiones que estén relacionadas con su ámbito de actividad y siempre que cuenten con la autorización de la AG.

La función consultiva de la Corte viene regulada por el cuarto capítulo de su propio Estatuto y por los artículos 92 a 96 de la Carta. De la lectura de los artículos 96 de la Carta y 65 del Estatuto no se puede concluir si la CIJ tiene discrecionalidad para emitir o no una opinión consultiva. Mientras parece que la Carta se refiere a su emisión como una obligación, el Estatuto dice que la Corte “podrá emitir” opiniones consultivas. A pesar de esto, la Corte ha declarado en numerosas ocasiones que, en principio, no podría negarse a emitir una opinión debido a su papel como órgano principal de las Naciones Unidas. Cuestión diferente es que la Corte no dé una respuesta de fondo debido a que no se cumplen los requisitos necesarios para poder solicitarla. Un ejemplo de esto es el propio caso de las armas nucleares. Antes de recibir la pregunta de la Asamblea General sobre la legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ya había presentado una solicitud similar. La OMS preguntaba a la Corte si un Estado que utilizase armas nucleares en un conflicto armado estaría incumpliendo sus obligaciones de Derecho Internacional teniendo en cuenta los efectos que estas armas tienen sobre la salud de las personas y sobre el medioambiente. En esta ocasión la Corte se negó a dar una respuesta, basándose en que dicha pregunta no entraba dentro del ámbito de actuación de la OMS¹⁹. Esta ha sido la única ocasión en la que la Corte se ha negado a emitir una opinión consultiva.

El principal argumento para que la Corte se niegue a emitir una opinión aun cuando el órgano solicitante cumpla los requisitos para ello es que la pregunta tenga un carácter esencialmente político o de hecho, no jurídico. Otras de las razones por las que la Corte se puede negar a emitir una opinión consultiva es que responder a la pregunta supusiera decidir un litigio ya existente entre dos Estados²⁰ o que sea relativa a cuestiones pertenecientes a la jurisdicción interna de los Estados, es decir, que sea un tema dentro de la esfera de actuación de un Estado que no está regulada por el Derecho Internacional²¹. La fundamentación de este supuesto la encontramos en el artículo 2.7

¹⁸ Espósito, Carlos (2011). “El discreto ejercicio de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Kosovo”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 63(1), p. 129.

¹⁹ Abello, Ricardo (2013). *Introduction to the International Court of Justice: ICJ*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

²⁰ Casanovas, Oriol y Rodrigo, Ángel J. (2014). *Op. cit.*, p. 336.

²¹ Minagawa, Takeshi (1979). “The principle of domestic jurisdiction and the International Court of Justice”. *Hitotsubashi journal of law and politics*, 8, p. 15.

de la Carta de las Naciones Unidas, el cual prohíbe a la organización intervenir en asuntos internos²².

Respecto al carácter de las opiniones, cabe decir que no son de obligatorio cumplimiento, sin embargo, hay que tener en cuenta el papel de la Corte como intérprete del Derecho Internacional. En la medida en que una opinión consultiva está declarando el Derecho en vigor sobre un tema concreto, tienen un valor jurídico importante para determinar el Derecho Internacional, su contenido y su interpretación²³. A pesar de que las opiniones emitidas por la Corte no tienen carácter vinculante, algunas organizaciones internacionales les han atribuido tal carácter. Normalmente, se refieren a situaciones en las que se interpreta o se aplica el instrumento constitutivo de la propia organización o un tratado asociado con ella²⁴. El profesor Rosenne creó el término "opiniones compulsivas"²⁵, refiriéndose a aquellas opiniones que tienen un valor vinculante para los órganos solicitantes. Este valor obligatorio surge de instrumentos como las convenciones sobre privilegios e inmunidades de Naciones Unidas, estatutos de tribunales administrativos o instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, o convenciones internacionales de carácter multilateral²⁶.

3. Análisis de la aplicación de los principios de DIH a las armas nucleares en la Opinión consultiva de la CIJ

3.1. Solicitud y consideraciones generales sobre la Opinión consultiva

El 15 de diciembre de 1994 la AG adopta la Resolución 49/75²⁷, en cuyo apartado K solicita a la CIJ una Opinión consultiva en base al artículo 96.1 de la Carta. La pregunta realizada fue: "¿Autoriza el Derecho Internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?". Durante más de dos semanas de audiencias en noviembre de 1995, 22 Estados participaron en la vista oral, de los cuales la mayoría ya habían presentado declaraciones escritas, y otros 23 presentaron solo escritos. En total participaron 45 Estados, el número más elevado de participantes en un procedimiento de la CIJ hasta entonces. La sociedad civil también fue importante, más de 700 grupos de todo el mundo se unieron en el *World Court Project* para apoyar la solicitud de la AG.

²² Algunos ejemplos podrían ser la constitución del Estado, su organización, obligaciones de los ciudadanos o temas relacionados con la nacionalidad. Ver Verdross, Alfred (1968). "The plea of domestic jurisdiction before an International tribunal and a political organ of the United Nations". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 36-37.

²³ Andrés Sáenz de Santa María, Paz (2014). *Sistema de Derecho internacional público*. Pamplona: Aranzadi, p. 534.

²⁴ Aust, Anthony (2010). "Advisory opinions". *Journal of International Dispute Settlement*, 1, p. 127.

²⁵ Rosenne, Shabtai (1965). *Law and Practice of the International Court of Justice*. Leiden: A.W. Sijthoff, pp. 682-684.

²⁶ Algunos ejemplos son el artículo 10 del Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Organización Internacional de la Energía Atómica de 1959, el artículo IX de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados de 1947 o el artículo 32.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

²⁷ Resolución 49/75 K de la Asamblea General "Desarme general y completo" A/RES/49/75 K, de 9 de enero de 1995.

La Corte, tras decidir que tenía jurisdicción y que no había razón alguna para negarse, emite su Opinión el 8 de julio de 1996, tras deliberar durante un periodo inusualmente largo²⁸. La Opinión determina que el Derecho aplicable más relevante es el relativo al uso de la fuerza, recogido en la Carta, y el Derecho relativo a los conflictos armados, junto a cualquier tratado específico sobre armas nucleares pertinente.

La aplicabilidad de los principios de DIH a las armas nucleares no suscita dudas. Sin embargo, las consecuencias de esta aplicación sí generan debate. Los países nucleares sostienen que el hecho de que el recurso a las armas nucleares esté sujeto y regulado por el DIH no implica necesariamente que esté prohibido. El principal argumento empleado por estos Estados es que, bajo ciertas circunstancias, particularmente cuando se trate de armas tácticas de baja potencia, su uso sería compatible con el DIH. A pesar de esto, la propia Corte reconoce que esos Estados no han establecido expresamente cuáles serían las circunstancias específicas que justificarían ese uso, ni que ese uso limitado no fuera a provocar una intensificación del conflicto y, por tanto, el uso de armas nucleares de alta potencia. Por tanto, la CIJ no toma ese argumento como válido. Para otros países recurrir a las armas nucleares no sería compatible con los principios de DIH en ninguna circunstancia y, por tanto, queda prohibido. Del uso del arma nuclear se deriva la imposibilidad de distinción entre civiles y combatientes, y entre objetivos civiles y militares, siendo totalmente indiscriminadas e incontrolables. Así, la propia naturaleza del arma nuclear la hace ilegal bajo el Derecho Internacional consuetudinario en opinión de estos Estados.

En el fallo, la Corte decide por once votos contra tres que no hay ninguna norma convencional o consuetudinaria que prohíba la amenaza o el uso de las armas nucleares como tal. Y de manera unánime establece que la amenaza o uso de armas nucleares debe ser compatible con las exigencias de los principios de DIH. El punto más polémico fue sin duda el subpárrafo E. Debido al fallecimiento de uno de los jueces durante el periodo de audiencias, la Corte contaba con 14 miembros en lugar de 15. Este hecho dio cabida al empate que se produjo en la votación de este punto de la conclusión, y que tuvo que ser decidido por el voto de calidad del presidente. En este punto se declara que se puede concluir que “la amenaza o el empleo de armas nucleares sería, *en general*, contrario a las normas de Derecho Internacional aplicables en los conflictos

²⁸ Desde la primera opinión consultiva de la CIJ de 1948, el tiempo medio transcurrido entre la solicitud y la emisión de una opinión era de unos diez meses. En el caso de Opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares este periodo se alargó año y medio, de enero de 1995 a julio de 1996, solo superado por otros dos casos hasta ese momento: la Petición de revisión del fallo n° 333 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas de 27 de mayo de 1987, en el cual pasaron más de dos años y medio desde la solicitud hasta la emisión de la opinión; y la opinión consultiva sobre las armas nucleares solicitada por la Organización Mundial de la Salud en septiembre de 1993 y emitida a la vez que la de la Asamblea General, habiendo transcurrido casi tres años.

armados y, en particular, a los principios y normas de Derecho Humanitario” (énfasis añadido). Sin embargo, concluye que del estado del Derecho Internacional en ese momento y de los elementos de los que dispone la Corte, no se puede concluir si la amenaza o el uso de las armas nucleares sería legal o ilegal en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que la propia supervivencia del Estado esté en juego. Sin embargo, hay que precisar que este empate puede dar pie a confusión, y es que las razones por las que los jueces votaron en uno u otro sentido no eran las mismas. De los siete jueces que votan en contra de ese apartado, tres de ellos lo hacen porque consideran que la amenaza y el uso de armas nucleares es ilegal en cualquier circunstancia. Por tanto, la división más correcta sería la de diez jueces a favor de la ilegalidad general o absoluta, y cuatro jueces en contra²⁹.

Con relación a este punto, la Corte sí que establece que, a la vista de las características de las armas nucleares, su uso parece difícilmente compatible con el respeto a los principios del DIH. No obstante, la CIJ considera que no cuenta con elementos suficientes para poder concluir que esa incompatibilidad se dé en todas las circunstancias. Como hemos dicho, se refiere en particular a situaciones en las que la supervivencia de un Estado esté en juego, afirmándose por la propia Corte y por algunos jueces que esta supervivencia es un derecho fundamental³⁰ que justifica recurrir a la legítima defensa. Esto es un problema ya que el derecho a la legítima defensa requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, pero en ningún caso se menciona el peligro de supervivencia del Estado como indica Teraoka³¹.

Smis y Van der Borgh³² opinan que la Corte identifica un cuerpo de Derecho Internacional aplicable al caso, identifica las normas y principios concretos que son relevantes, pero luego no los aplica a una situación concreta. Ante una situación en la que la supervivencia del Estado está en juego surgen varias dudas, como si el usuario de armas nucleares pudiera distinguir entre objetos civiles y militares, o si no se debilita la aplicación de las normas medioambientales por encontrarnos en dicha situación. La respuesta a estas preguntas es negativa y, por tanto, cualquier uso de armas nucleares que incumpla los principios del DIH sería ilegal³³. La conclusión de la Corte parece sugerir que en circunstancias extremas de legítima defensa la aplicación del DIH

²⁹ Burroughs, John (2016). “Looking back: The 1996 Advisory Opinion of the International Court of Justice”. *Arms control today*, 46(6), p. 33.

³⁰ Ver, en este sentido, el párrafo 96 de la Opinión consultiva y las opiniones disidentes de los jueces Fleischhauer y Guillaume.

³¹ Teraoka, Tomonori (2017). “A Court as the process of signification: legal semiotics of the International Court of Justice Advisory Opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons”. *International Journal for the Semiotics of Law*, 30(1), pp. 124-125.

³² Smis, Stefaan y Van der Borgh, Kim (1998). “The Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 27, p. 384.

³³ *Idem*.

quedaría suspendida, lo cual tiene unas implicaciones en cuanto a los derechos de las víctimas y la seguridad de otros Estados. Además, no es congruente con el hecho de que el DIH es un cuerpo de normas aplicable a todos los Estados en todo momento.

Además de dar pie al debate entre los expertos, si algo caracteriza a la Opinión es que tampoco hubo consenso entre los jueces. Adjuntas a la misma encontramos declaraciones, opiniones disidentes u opiniones separadas de todos los jueces.

En su análisis, la Corte se centra en tres principios de DIH de los que ya hemos hablado en el marco teórico: el principio de distinción, el principio de prohibición de causar sufrimientos innecesarios y la Cláusula Martens de manera explícita. Durante su análisis también examina otros principios de manera menos pormenorizada, como el de proporcionalidad y el de protección al medioambiente que también examinaremos. Algunos principios son analizados en el propio cuerpo de la Opinión y por la mayoría de los jueces y otros solo por algunos de ellos, con lo que la profundidad del estudio de cada uno de los principios difiere, pero debemos concluir que su examen es pertinente para determinar la legalidad del uso de armas nucleares.

3.2. El principio de distinción y la prohibición de utilizar armas indiscriminadas

La Corte reconoce que el uso de cualquier arma que sea incapaz de distinguir entre civiles y combatientes y entre objetivos civiles y militares sería ilegal. Sin embargo, y aunque considera que las armas nucleares, a la vista de sus características, parecen difícilmente compatibles con este principio, afirma que no puede concluir que siempre sea así. Esta conclusión no es compartida por algunos jueces.

En base al contenido de la Opinión, sabemos que el principio de distinción tiene carácter consuetudinario. No solo eso, sino que también es calificado como principio cardinal del DIH y se dice que es una de las normas fundamentales que deben respetar todos los países independientemente de que hayan ratificado o no los convenios que las contienen, puesto que son principios inviolables de Derecho Internacional consuetudinario³⁴. Además, la Corte determina que la prohibición de utilizar armas indiscriminadas es parte del principio consuetudinario de distinción. Tal y como destacan Smis y Van der Borgh³⁵, esto es relevante porque el único instrumento convencional en el que aparece esta prohibición es el Protocolo Adicional I y hay muchos países que no son parte de él.

³⁴ Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart y Golden Bersagel, Annie (eds.) (2015). *Op. cit.*, p. 97.

³⁵ Smis, Stefaan y Van der Borgh, Kim (1998). *Op. cit.*, p. 380.

Algunos de los jueces³⁶ opinan que el arma nuclear es inherentemente indiscriminada, lo que significa que es incapaz de distinguir entre civiles y combatientes y esto la hace ilegal. Otros opinan que no se debe generalizar y que habría que analizar el arma concreta y las características de la situación para determinar si incumple este principio.

Cabe mencionar el análisis que hace el vicepresidente Schwebel en su opinión disidente. Tras establecer que las armas nucleares no tienen por qué ser indiscriminadas pasa a dar un par de ejemplos de casos en los que este principio podría respetarse. El primero es el uso del arma nuclear contra un submarino que está a punto de lanzar misiles nucleares o que ya los ha lanzado. En este caso, el uso del arma no conllevaría víctimas civiles o serían muy pocas. El segundo ejemplo es su uso contra un objetivo militar en medio del desierto, del que se derivan las mismas conclusiones.

El problema de este análisis es que no podemos entender esas situaciones de manera aislada. Es evidente que un ataque contra esos objetivos no violaría el principio de distinción, pero hay que tener en cuenta que ese submarino o ese ejército en el desierto no existen de manera independiente, sino que forman parte de un Estado que, si tenía un arma nuclear, seguramente disponga de más, y, por tanto, el riesgo de causar una intensificación del conflicto hasta llegar a un estado de guerra total es alto. Llegados a esa situación, es altamente probable que se produzcan ataques indiscriminados³⁷.

En cualquier caso, no es posible determinar que en todas y cada una de las circunstancias en las que se utilizara el arma nuclear, esta sería incapaz de distinguir entre objetivos civiles y militares y, por tanto, indiscriminada. Sin embargo, solo un arma nuclear de baja potencia, utilizada en escenarios específicos podría respetar estos principios, y esto también lo hace bastante improbable. También hay que apuntar que en algunos casos hasta el 80% de los arsenales de los Estados nucleares, como en el caso de Estados Unidos³⁸, se componen de grandes armas estratégicas que, evidentemente, serían incapaces de respetar el principio de distinción.

La CIJ define las armas indiscriminadas como aquellas que son incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares, pero no completa esa definición. El Protocolo Adicional I en su artículo 51 especifica que son indiscriminados aquellos métodos y medios de combate que no pueden dirigirse a un objeto militar específico o cuyos efectos no se pueden limitar de acuerdo con los requerimientos del propio texto. Esta es la única

³⁶ Ver opiniones disidentes de los jueces Bedjaoui, Fleischhauer, Weeramantry, Shahabudden y Koroma.

³⁷ Moxley, Charles J. Jr. (2001). "The unlawfulness of the use or threat of use of nuclear weapons". *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 8, pp. 467-468.

³⁸ *Ibidem*, p. 465.

definición convencional que existe de armas indiscriminadas³⁹. Por tanto, el Protocolo aporta dos posibilidades para que un arma pueda considerarse indiscriminada. No está claro si la Corte se refiere a una u otra, o a las dos con su definición. La mayoría de los jueces concluyen que las armas nucleares tienen una naturaleza indiscriminada. Lo hacen, no en función de la capacidad inicial de dirigir el arma a un objetivo concreto, sino en función de los efectos incontrolables que causaría y que hacen que no pueda distinguirse entre civiles y objetivos civiles, por un lado, y combatientes y objetivos militares, por el otro⁴⁰.

En consecuencia, la aplicación del principio de distinción no solo implica que el arma pueda dirigirse a un objetivo concreto, sino que hay que analizar lo que pasa después de la detonación con los efectos producidos. Aunque el arma nuclear se lance con precisión contra un objetivo, no es posible controlar los efectos de la radiación, los cuales quedan sujetos a fuerzas medioambientales, incluso si se emplea un arma pequeña⁴¹. Por tanto, podemos decir que los efectos del arma nuclear, analizados anteriormente, son incontrolables, especialmente la radiación. Por definición, un arma cuyos efectos son incontrolables es indiscriminada y, en consecuencia, viola el principio de distinción⁴². El análisis de los efectos de un arma nuclear depende de muchos factores, como el tamaño y tipo de arma, si se detona sobre tierra, bajo el agua o en el aire, el terreno y el clima. La cuestión es que, aun conociendo todos esos factores, es muy probable que los efectos sigan siendo impredecibles⁴³.

3.3. El principio de prohibición de causar sufrimientos innecesarios o males superfluos

Al igual que con el principio anterior, la Opinión consultiva determina que la prohibición de causar sufrimientos innecesarios o males superfluos tiene carácter consuetudinario y es, además, un principio inviolable de Derecho Internacional. Igualmente, la Corte concluye que no puede decir que el uso de armas nucleares viole siempre este principio, aunque parece difícilmente compatible con él.

El problema que surge de este principio es determinar qué es un sufrimiento innecesario. La única definición de sufrimiento innecesario que hace la Corte es cuando se refiere brevemente a ello como un “daño mayor que el inevitable para alcanzar objetivos militares legítimos”. Además de eso, no hace ninguna indicación sobre cómo interpretar

³⁹ Doswald-Beck, Louise (1997). “International humanitarian law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons”. *International Review of the Red Cross*, 37(316), p. 39.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 42-43.

⁴¹ Moxley, Charles J. Jr. (2001). *Op. cit.*, p. 451.

⁴² Moxley, Charles J. Jr; Burroughs, John y Granoff, Jonathan (2011). “Nuclear weapons and compliance with International humanitarian law and the Nuclear Non-Proliferation Treaty”. *Fordham International Law Journal*, 34(4), p. 649.

⁴³ Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart y Golden Bersagel, Annie (eds.) (2015). *Op. cit.*, p. 106.

la norma o cómo aplicarla a las armas nucleares⁴⁴. En palabras del juez Guillaume, este principio implica una ponderación para determinar si el sufrimiento causado es innecesario o no. Para ello, habrá de compararse con el daño que es necesario causar para conseguir el objetivo militar que se busca. Como consecuencia de esto, será preciso realizar un análisis casuístico, pero es evidente que solo los casos más extremos podrían justificar causar esos efectos a los combatientes.

Este razonamiento es compartido por otros jueces. Sin embargo, estos llegan a conclusiones diferentes. Por ejemplo, el Juez Shahabudden indica que los Estados deben encontrar ese equilibrio entre el nivel de sufrimiento infringido y la ventaja militar esperada. Para ello deben basarse en la conciencia pública, por lo que de algún modo está introduciendo una idea similar a la de la Cláusula Martens. Concluye que la Corte podría haber determinado que, de acuerdo con la conciencia pública, ninguna ventaja militar justificaría el nivel de sufrimiento causado por esta arma.

En general, podemos concluir que los jueces que se muestran a favor de la legalidad del arma nuclear lo hacen proponiendo un análisis similar al de proporcionalidad⁴⁵. El problema es que la prueba de proporcionalidad exige un estudio caso por caso, mientras que es más lógico que el principio de prohibición de sufrimiento innecesario implique una evaluación general sobre la legalidad del arma en cuestión. En teoría se podría hacer una evaluación casuística, pero esto no es realista. Sin embargo, la doctrina no se muestra de acuerdo en si la evaluación debiera hacerse sobre lo que es considerado un uso normal del arma o sobre cualquier uso concebible de la misma. Lo lógico es que se siga la primera opción y es este método el que se ha usado para prohibir algunas armas⁴⁶, como las minas antipersona. Si tenemos en cuenta un uso normal del arma nuclear es difícil concebir cómo podría encajar con el principio de prohibición de sufrimientos innecesarios.

3.4. La Cláusula Martens

Con respecto a este principio, la CIJ prácticamente se limita a emplear la Cláusula para apoyar el argumento de que el DIH es aplicable a las armas nucleares. Sin embargo, los jueces Shahabudden y Weeramantry utilizan la Cláusula para apoyar el argumento de que las armas nucleares están prohibidas *per se*⁴⁷.

Algunos Estados declararon que la Cláusula Martens no es suficiente por sí misma para prohibir un tipo de arma, sino que funciona como marco para interpretar otras normas

⁴⁴ *Ibidem*, p. 136.

⁴⁵ Doswald-Beck, Louise (1997). *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ Heverin, Timothy J. (2014). "Legality of the threat or use of nuclear weapons: environmental and humanitarian limits on self-defense". *Notre Dame Law Review*, 72(4), p. 1289.

convencionales o consuetudinarias. Sin embargo, tal y como indica el juez Shahabudden en su opinión disidente, las propias normas de DIH ya están basadas en consideraciones de carácter humanitario que sirven para su interpretación. En su opinión, la Cláusula Martens excede ese papel y es capaz por sí misma de suponer la prohibición de ciertas conductas o armas por ser contrarias a la conciencia pública. La Corte no podía concluir anticipadamente cuáles serían los efectos concretos de un determinado uso de armas nucleares. Las características concretas afectarían, sin duda, a la evaluación de otros principios como el de proporcionalidad, distinción o la protección del medioambiente. Pero la Corte sí que podía llegar a la conclusión de que el uso de armas nucleares implicaría un riesgo de ilegalidad en cada uno de estos ámbitos y después podría acudir a los dictados de la conciencia pública para determinar si esos riesgos son aceptables.

Una de las menciones más importantes de la Corte a la Cláusula Martens está relacionada con la aplicabilidad del Protocolo Adicional I a Estados no partes, es decir, su carácter consuetudinario. Como hemos descrito en el punto 2, la Corte concluye que algunas normas del Protocolo son una expresión de normas consuetudinarias que ya existían anteriormente, siendo una de ellas la Cláusula Martens. Cassese⁴⁸ opina, de manera lógica, que esta afirmación deja muchas dudas. De las palabras de la CIJ podemos concluir que la Cláusula Martens es vinculante para todos los Estados al tener carácter consuetudinario, pero no se especifica qué efectos legales tiene esto. Es decir, no es posible saber qué obligaciones concretas surgen de este precepto.

3.5. El principio de proporcionalidad

Tal y como hemos indicado anteriormente, el principio de proporcionalidad implica hacer una ponderación entre el daño causado a los civiles y a bienes de carácter civil, y el objetivo militar que se espera alcanzar con el ataque. Cuando hablamos de proporcionalidad *in bello* no se hace referencia al daño causado a los combatientes, sino solo el causado a los civiles. De igual modo, es irrelevante si el uso del arma nuclear por una de las partes pudiera llevar a la intensificación del conflicto. Esto puede tener implicaciones políticas o morales y será importante para analizar la proporcionalidad *ad bellum*, pero no para este caso⁴⁹.

Sorprendentemente, la Corte no analiza este principio en su Opinión consultiva, a pesar de que varios Estados, incluyendo algunos nucleares, hablan de ello en sus declaraciones escritas. Si bien la Opinión no analiza específicamente este principio,

⁴⁸ Cassese, Antonio (2000). "The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?". *European Journal of International Law*, 11(1), p. 206.

⁴⁹ Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart y Golden Bersagel, Annie (eds.) (2015). *Op. cit.*, pp. 114-115.

algunos jueces, además de afirmar su carácter consuetudinario, sí que lo estudian en sus opiniones. La importancia de este principio es suficientemente significativa para que algunos jueces, como Higgins, Schwebel o Guillaume se basen en él para afirmar en sus respectivas opiniones disidentes que en algunos casos los efectos colaterales de las armas nucleares no serían excesivos. Reconocen que los efectos de estas armas son muy graves y que, por tanto, solo en las circunstancias más extremas el objetivo militar sería suficientemente importante como para que el daño no fuera excesivo, y ponen de ejemplo situaciones en las que esté en juego la supervivencia del Estado.

La jueza Higgins determina que el sufrimiento causado por el arma, el cual es una consideración del *Jus in bello*, podría ser proporcional cuando se pondere contra una circunstancia extrema como evitar la desaparición del Estado. Por tanto, un ataque es proporcional si la ventaja militar que se espera obtener se refiere a la supervivencia de un Estado. El problema es que se están confundiendo la proporcionalidad *in bello* y la proporcionalidad *ad bellum*. Bajo el *Jus in bello* el sufrimiento debe medirse contra una ventaja militar que se espera obtener, concreta y directa. Son irrelevantes -y, por tanto, no deben tenerse en cuenta- los objetivos de esa acción militar. Es decir, no importa si el objetivo es la legítima defensa contra una agresión ilegal que amenaza la supervivencia de un Estado o es otro. Esta confusión viene dada por el hecho de que, en las opiniones de varios jueces, apoyando el punto de vista de los Estados nucleares, se puede ver la conclusión de que el recurso a las armas nucleares cumpliendo el *Jus ad bellum* podría por sí mismo hacer ese uso compatible con el DIH.

Lo cierto es que la noción de extrema legítima defensa o necesidad no puede estar por encima del imperativo que exige el respeto a los principios de humanidad del DIH⁵⁰, incluido el principio de proporcionalidad. En conclusión, si el daño causado por un arma nuclear fuera excesivo en relación con la ventaja militar a obtener, lo cual sería lo más común, ese uso se vuelve automáticamente ilegal bajo el DIH, independientemente de que se diera en el contexto de una circunstancia extrema de legítima defensa.

3.6. El principio de protección del medioambiente

El análisis de la Corte de las normas de Derecho Internacional que regulan la protección del medioambiente fue bastante general y limitada. Es curioso que esto fuera así, ya que la protección del medioambiente había empezado a cobrar fuerza a partir de 1972 con la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, y la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. A partir de ese momento

⁵⁰ Moussa, Jasmine (2008). "Can *Jus ad bellum* override *Jus in bello*? Reaffirming the separation of the two bodies of law". *International Review of the Red Cross*, 90(872), p. 990.

se aprobaron numerosos instrumentos como la Declaraciones de Estocolmo y Río⁵¹, o la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976 (ENMOD) y se empiezan a tener en cuenta aspectos medioambientales dentro del ámbito de otros instrumentos internacionales como el Protocolo Adicional I, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1988⁵². Esto es una prueba de que el aspecto medioambiental tenía relevancia en el momento de la emisión de la Opinión consultiva y hubiera requerido un análisis más detallado. Además, la Corte realiza su análisis de la protección del medioambiente durante los conflictos armados de manera separada a la evaluación de la legalidad del uso de armas nucleares bajo el DIH, lo cual podría haber ido unido. Esto se debe a que el principio de protección del medioambiente no es complementario al DIH, sino que forma parte de él.

Dentro de la Opinión la Corte estudia diversos textos legales cuyo propósito es proteger el medioambiente, entre ellos el Protocolo Adicional I, el ENMOD y los principios 2 y 21 de la Declaración de Río de 1992 y de la Declaración de Estocolmo de 1972, respectivamente. Estos principios, reconocidos por la Corte como consuetudinarios, indican que un Estado tiene la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo su control no provoquen daños al medioambiente de otros Estados, prohibiendo los daños medioambientales transfronterizos. La CIJ, tras analizar el Derecho relativo a la protección al medioambiente, concluye que no prohíbe por sí mismo el uso de armas nucleares. Sin embargo, los Estados deben tener en cuenta factores medioambientales a la hora de implementar las normas de DIH. Además, menciona en diferentes apartados que estos preceptos ambientales no pueden entenderse de tal manera que priven del derecho a la legítima defensa a un Estado.

Con relación a lo anteriormente expuesto, el juez Koroma declara que la cuestión no es si los tratados de protección del medioambiente privan a un Estado de su derecho a la legítima defensa. La cuestión es que, conociendo cuales son los efectos de la detonación de un arma nuclear y sus efectos radioactivos -los cuales no solo afectan a los seres humanos, sino también al medioambiente- se puede concluir que el uso de armas nucleares causaría un gran daño al medioambiente y privaría a los seres humanos de agua y otros recursos esenciales para la supervivencia. El Protocolo Adicional I hace referencia a la preservación de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. Este es el punto de vista desde el cual la Corte debía

⁵¹ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972) y Declaración de Río sobre el Medioambiente y el desarrollo (1992).

⁵² Brown Weiss, Edith (2011). "The evolution of International environmental law". *Japanese Yearbook of International Law*, 54, pp. 8-13.

haber analizado la cuestión medioambiental, y no desde una perspectiva de relación de este principio con el derecho a la legítima defensa.

La Corte menciona la obligación de los Estados de tener en cuenta factores medioambientales al analizar los requisitos de proporcionalidad y necesidad. El problema es que no sabemos si se refiere a un contexto de legítima defensa -como requisitos del *Jus ad bellum*- o en relación con el daño colateral como parte del DIH. Si es este último caso, se estaría tratando al medioambiente como un objeto civil y, como tal, un Estado debe desistir de atacar un objetivo militar si el efecto sobre el medioambiente supera el valor de ese objetivo. Esto tiene una consecuencia fundamental y es que ya no sería tan fácil justificar el cumplimiento del principio de proporcionalidad basándose simplemente en que no había población civil en las inmediaciones del ataque⁵³, ya que se podría afectar al medioambiente como bien civil.

El artículo 35.3 del Protocolo Adicional I establece una norma básica sobre los medios y métodos de guerra y trata de proteger el valor intrínseco del medioambiente, por tanto, sigue una perspectiva ecocéntrica. El artículo 55 trata de proteger el medioambiente como objeto civil, especialmente debido a su importancia para la salud y la supervivencia de la población civil, conteniendo una protección antropocéntrica.

Ambos preceptos prohíben métodos y medios de guerra que tengan el propósito de, o que se espere, que vayan a causar daño al medioambiente. Por lo tanto, no se prohíben solo ataques deliberados o directos al medioambiente, sino también ataques en los que es razonable o previsible que vaya a causarse un daño medioambiental excesivo. Esto se aplica independientemente de las armas empleadas y requiere que los que vayan a emplear estos medios de guerra sepan o predigan de manera razonable que el ataque va a producir esos efectos. Además, en el Protocolo se ha incluido un límite de daño acumulativo según el cual los daños tienen que ser extensos, duraderos y graves.

Aplicando los artículos 35.3 y 55 del Protocolo sería muy probable que en la mayoría de los casos el uso de armas nucleares fuera ilegal. Es cierto que el alcance de una explosión nuclear varía en función de diversos factores, como el lugar en el que se produce, el tipo de arma empleada o la meteorología, pero es bastante factible que se cause un daño extenso, duradero y grave al medioambiente prohibido por el Protocolo, siendo además predecible. Si bien estos principios no son Derecho consuetudinario y, por tanto, no se aplican a los Estados que no son parte del Protocolo, los Estados que

⁵³ Doswald-Beck, Louise (1997). *Op. cit.*, p. 52.

sí lo son deben respetarlos⁵⁴. Además, los Estados firmantes, aunque aún no hayan procedido a la ratificación del texto, deben abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y el fin de este, en base al artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Como sabemos, se ha puesto en cuestión la aplicabilidad del Protocolo a las armas nucleares, pero hay que tener en cuenta que es una norma de carácter general, no se refiere a ningún arma o tipo de arma en concreto y, por tanto, debe presumirse que es de aplicación a todas ellas. En relación con las reservas de Francia y Reino Unido sobre la aplicación del Protocolo tan solo a las armas convencionales, algunos autores⁵⁵ entienden que es una interpretación errónea del alcance del Protocolo. Consideran que incluso se podría argumentar que esas reservas son incompatibles con el objeto y el fin del Protocolo, lo cual es una exigencia de la formulación de las reservas recogida en el artículo 19.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El objeto y el fin de un tratado deben determinarse en base a la “esencia” del mismo, que puede derivarse de su título, preámbulo, un artículo particular, los trabajos preparatorios o su estructura general. La esencia del Protocolo es aliviar las calamidades de la guerra en general y la protección de las víctimas de los conflictos armados en particular. Es claramente contrario a esos objetivos el excluir la aplicación del texto normativo al uso de las armas con mayor poder destructivo, incluidos los artículos referidos a la protección del medioambiente.

Aun así, hay que tener en cuenta que tres países nucleares⁵⁶ lo han ratificado sin reservas relativas a las armas nucleares, por lo que no hay que subestimar la importancia de este principio con relación a la legalidad de estas armas.

3.7. El carácter *Jus cogens* de los principios del DIH

Por último, vamos a hacer una breve mención al debate sobre si estos principios del DIH tienen carácter de *Jus cogens* o no. Es un tema bastante complejo y que ha mantenido a la doctrina enfrentada durante años, no solo en la determinación de si los principios de DIH tienen tal carácter, sino en cuáles de ellos lo tienen. Las normas *Jus cogens* se regulan en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. De estos dos preceptos podemos extraer tres características: deben ser normas de Derecho Internacional general, deben ser aceptadas y reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto, y deben ser normas que no

⁵⁴ En mayo de 2019 el Protocolo cuenta con 174 Estados parte, incluyendo a la mayoría de Estados nucleares: Reino Unido, Francia, China, Rusia y Corea del Norte. Además, Estados Unidos y Pakistán son signatarios. Fuente: https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/geneve/1977-PROT-1_fr.pdf

⁵⁵ Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart y Golden Bersagel, Annie (eds.) (2015). *Op. cit.*, pp. 254-257.

⁵⁶ China, Corea del Norte y Rusia.

admitan derogación y que solamente puedan ser modificadas por otra norma de igual carácter⁵⁷.

El hecho de que los principios de DIH fueran normas *Jus cogens* haría que su cumplimiento fuera obligatorio para todos los Estados, independientemente de que hayan ratificado o no algún tratado que las contenga⁵⁸. En la Opinión consultiva de 1996 la Corte determina que la cuestión se refería a la aplicabilidad de las normas del DIH, no a su carácter. Por lo tanto, no era necesario mencionarse sobre si son normas *Jus cogens* o no. Sin embargo, sí que determina que algunos de estos principios, como ya hemos mencionado, son principios inviolables de Derecho Internacional. No queda claro qué es exactamente lo que la Corte quiere decir con esto. Algunos autores⁵⁹ consideran que el tribunal no hace una elección sobre si estos principios son *Jus cogens* o no, pero, en cualquier caso, no son simples normas consuetudinarias. Estas normas tienen un carácter especial que las diferencia del resto y las hace inviolables. Otros, como Chetail⁶⁰, hablan de que la conclusión de la Corte solo da pie a dos interpretaciones. La primera es que son normas *Jus cogens in statu nascendi*, es decir, en proceso de convertirse en normas perentorias de Derecho Internacional, pero que aún no lo son. La segunda opción es que la CIJ esté reconociendo implícitamente que son normas perentorias de Derecho Internacional, pero evita hacerlo de manera explícita porque el tema a tratar en la Opinión consultiva era más concreto. Algunos jueces, como Bedjaoui, Koroma o Weeramantry, consideran en sus opiniones disidentes que estos principios sí tienen carácter de *Jus cogens*.

4. La prohibición humanitaria de las armas nucleares: el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares

4.1. La iniciativa humanitaria de prohibición armamentística: analogía con otras armas

Antes del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares ya podemos encontrar otros instrumentos cuya base para la prohibición de un tipo de arma es el Derecho Internacional Humanitario y que, en consecuencia, han servido de ejemplo para el caso del arma nuclear. Cuando hablamos de iniciativas de carácter humanitario es necesario destacar el papel de las ONG como organizaciones que llevan la iniciativa e impulsan el proceso. El sujeto de referencia pasa de ser el Estado y su seguridad nacional a ser

⁵⁷ Nieto-Navia, Rafael (2003). "International peremptory norms (*Jus cogens*) and international humanitarian law" en Lal Chand Vohrah (ed.). *Man's inhumanity to man: essays on International law in honour of Antonio Cassese*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 611-614.

⁵⁸ Dromina-Voloc, Nataliya (2015). "Imperativization of International Law: *Jus cogens* concept in jurisprudence". *European Political and law discourse*, 2(1), p. 34.

⁵⁹ Moussa, Jasmine (2008). *Op. cit.*, pp. 972-973.

⁶⁰ Chetail, Vincent (2003). *Op. cit.*, p. 251.

las personas que pueden ser víctimas de esa violencia⁶¹, haciendo hincapié en la protección civil y disminuyendo el valor político y militar de esas armas

Estos procesos de prohibición de armas han recibido el nombre de “convenciones de Estados afines”, puesto que, tras la iniciativa de algunas ONG, son llevados adelante por un grupo de Estados. Estos no representan necesariamente la mayoría de la comunidad internacional, pero se unen para prohibir la fabricación y el uso de un tipo de arma en base a sus consecuencias humanitarias⁶². Son ejemplos de esto las prohibiciones de las armas químicas y las biológicas; y las de algunas armas convencionales como la Convención que prohíbe las minas antipersona o la Convención sobre municiones de racimo.

4.1.1. La prohibición de las minas antipersona

Uno de los mayores problemas que entrañan estas armas es que pueden permanecer activadas mucho tiempo después del fin del conflicto armado. Se calcula que las víctimas son en un 70-85% civiles. Por tanto, y en la medida en que es imposible que cumplan el principio de distinción entre civiles y combatientes, son armas indiscriminadas.

En 1992 se crea la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas Antipersona gracias al trabajo conjunto de seis ONG. A mediados de 1993 ya eran 40 las ONG que colaboraban en el proyecto para impulsar una regulación jurídica internacional sobre esta cuestión. Bajo el Protocolo II a la Convención sobre Armas convencionales excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, relativo a minas, armas trampa y otros artefactos de 1980 ya se prohibían ciertos usos de las minas, pero con esta Campaña se buscaba conseguir la prohibición total⁶³.

Tras la publicación en 1996 de un informe de expertos militares⁶⁴ que determina que las minas tienen una utilidad militar muy limitada comparada con sus terribles consecuencias humanitarias, la Campaña gana más fuerza y convence a un gran número de Estados para negociar un tratado relativo a la prohibición y eliminación de las minas antipersona. Este esfuerzo culmina con la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de Minas Antipersona y sobre su

⁶¹ Petrova, Margarita H. (2018). “Weapons prohibitions through immanent critique: NGOs as emancipatory and (de)securitising actors in security governance”. *Review of International Studies*, 44(4), p. 631.

⁶² Cartagena Núñez, Ignacio (2017). “El valor de un título: el Tratado de Prohibición del Arma Nuclear y su impacto en el régimen de no proliferación”. *Boletín ieee*, 7, p. 894.

⁶³ Finaud, Marc (2017). “Humanitarian disarmament: powerful new paradigm or naive utopia?”. *GCSP Geneva Paper*, 34, p. 14.

⁶⁴ Blagden, Patrick et al. (1996). *Anti-personnel landmines- friend or foe? A study of the military use and effectiveness of anti-personnel mines*. Ginebra. Informe encargado por el CICR. Disponible en https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0654.pdf

destrucción de 1997 (Tratado de Ottawa). Esta Convención es importante porque es la primera que prohíbe un tipo de arma de uso común y así se rompe la tendencia histórica de prohibir un arma solo cuando ya está en desuso⁶⁵. Entró en vigor el 1 de marzo de 1999 y actualmente cuenta con 164 Estados parte⁶⁶. Asimismo, este instrumento puede considerarse uno de los primeros cuya fundamentación principal son las consideraciones humanitarias. Tanto en el preámbulo, como en el articulado se hacen diferentes referencias a su fundamento en preocupaciones y consideraciones humanitarias y a los principios del Derecho Internacional Humanitario.

4.1.2. La prohibición de las municiones de racimo

De manera parecida a las minas antipersona, las municiones de racimo pueden permanecer sin activarse durante largos periodos de tiempo debido a que tienen un elevado índice de fallo, aproximadamente del 20%.

En el año 2000 el CICR solicita a los Estados que negocien un instrumento adicional a la Convención sobre armas convencionales. Fruto de esas negociaciones nace el llamado Protocolo V sobre los Restos Explosivos de Guerra de 2003. La consecuencia de la entrada en vigor de este instrumento fue que la carga de retirar estos restos recaía sobre los Estados afectados, mientras que los Estados que producían y empleaban estas armas solamente ofrecían una asistencia limitada.

A finales de 2003 se lanza la Campaña contra las Municiones de racimo. Tras presionar al CICR, a la Secretaría de las Naciones Unidas y a ciertos países que estaban descontentos con los resultados del Protocolo V, comienza un proceso para negociar una prohibición completa de las municiones promovido por Noruega⁶⁷. La Campaña consiguió un gran impulso debido al impacto de la opinión pública internacional sobre el uso generalizado de estas armas durante la Guerra del Líbano de 2006, donde hasta un 40% de las bombas lanzadas quedaron sin explotar⁶⁸. Poco después, en 2008, se adopta la Convención sobre Municiones de Racimo, la cual prohíbe utilizar, fabricar, almacenar o transferir este tipo de arma. Este instrumento entra en vigor a mediados de 2010 y actualmente (mayo de 2019) cuenta con 106 Estados parte⁶⁹. De forma similar a la Convención de Ottawa, hace mención a varios principios del DIH en su preámbulo y en algunos de sus artículos.

⁶⁵ Cartagena Núñez, Ignacio (2017). *Op. cit.*, p. 895.

⁶⁶ Cifra actualizada a mayo de 2019. Fuente:

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-5&chapter=26&clang=en

⁶⁷ Finaud, Marc (2017). *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁸ Cartagena Núñez, Ignacio (2017). *Op. cit.*, p. 895.

⁶⁹ Fuente: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-6&chapter=26&clang=en

4.1.3. La prohibición de las armas biológicas y las armas químicas

Después de la Primera Guerra Mundial, tras el uso de gases tóxicos como arma, las fuerzas aliadas intentan regular o prohibir estas armas vistos sus devastadores efectos humanitarios⁷⁰. En 1925 se firma y en 1929 entra en vigor el Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. Actualmente cuenta con 142 Estados parte⁷¹. Esta norma prohíbe el uso de armas químicas y biológicas, pero no regula su producción, almacenamiento o transferencia, aspectos que serían regulados más adelante.

Durante la primera mitad del siglo XX son muchos los países que empiezan a desarrollar armas químicas y biológicas y son utilizadas en algunos conflictos, aunque no durante la Segunda Guerra Mundial. Durante la Guerra Fría, tanto Estados Unidos, como Rusia producen y almacenan grandes arsenales de estas armas. Además, son empleadas a gran escala en algunos conflictos como la Guerra de Vietnam. Si bien el desarme nuclear ocupa la mayoría de las discusiones durante los primeros años después del conflicto mundial, en el año 1968 se vuelve a hablar de las armas químicas y biológicas en la Conferencia de Desarme de Ginebra (CD)⁷². En este punto, las armas biológicas y las químicas toman caminos separados.

La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas se negocia relativamente rápido, se adopta en 1972 y entra en vigor en 1975. Actualmente 182 Estados la han ratificado⁷³. Curiosamente, la propia Convención sobre Armas Biológicas incluye un precepto, el artículo 9, que obliga a los Estados parte a negociar de buena fe con el fin de llegar a un acuerdo sobre la prohibición de las armas químicas. Además, en su preámbulo hace referencia a la conciencia de la humanidad, asemejándose al contenido de la Cláusula Martens, que hemos analizado anteriormente.

Tras la aprobación de la prohibición de armas biológicas en 1972 comienzan las negociaciones para la prohibición de las armas químicas. El uso de armas químicas durante la guerra entre Irán e Iraq en los años 80 da un impulso a las negociaciones y en 1992 se aprueba la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción,

⁷⁰ El uso durante la Primera Guerra Mundial de más de 120.000 toneladas de cloro y gas mostaza, entre otros agentes, causa la muerte dolorosa de al menos 90.000 soldados. Además, casi un millón pierden la visión, quedan desfigurados o sufren alguna otra lesión invalidante. Estos sucesos empujan a los Estados a la negociación de un instrumento que prohiba su utilización.

⁷¹ Fuente: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=280

⁷² Organization for the Prohibition of Chemical Weapons (2016). Origins of the Chemical Weapons Convention and the OPCW. Disponible en https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/Fact_Sheets/Fact_Sheet_1_-_History.pdf

⁷³ Fuente: <http://disarmament.un.org/treaties/t/bwc>

Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su destrucción, la cual entra en vigor en 1997. Hoy en día cuenta con 193 Estados parte⁷⁴.

Cabe destacar que la prohibición de uso de estos dos tipos de armas se considera una norma consuetudinaria. Un ejemplo de esto es la reacción de la comunidad internacional tras el uso de armas químicas durante la Guerra de Siria, la cual hizo que el país se viera presionado a unirse a la Convención sobre Armas Químicas.

4.2. El proceso de creación del TPAN

A finales de los noventa, además de la Opinión consultiva, tenemos otro hecho influyente para las armas nucleares. Se reevalúan los efectos de las armas nucleares y se estudia su impacto incluso en usos limitados. Los científicos llegan a la conclusión de que, además de las víctimas directas del arma, se podría producir la destrucción de los cultivos alimentarios y causar una hambruna a nivel mundial que podría provocar billones de víctimas. Estos descubrimientos, unidos a la movilización de la sociedad civil con relación al enfoque humanitario de las armas nucleares y el cambio climático, crean el ambiente favorable para la iniciativa contra las armas nucleares.

La Campaña Internacional para Abolir las Armas Nucleares se crea en 2007 a iniciativa de la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de la Guerra Nuclear. La Campaña, con el apoyo de ciertos países⁷⁵, consigue que en el Documento final de la Conferencia de examen del Tratado de No Proliferación Nuclear de 2010 se exprese la “profunda preocupación ante el riesgo permanente que representa para la humanidad la posibilidad del uso de las armas nucleares y ante las consecuencias humanitarias catastróficas que traería consigo el uso de esas armas”. Sin embargo, no hubo consenso sobre lo que implicaba esa afirmación.

Inicialmente, la iniciativa humanitaria no tenía el propósito de elaborar un texto sobre la prohibición del arma nuclear, sino que simplemente intentaba centrar el discurso en la seguridad humana y los efectos humanitarios. Se esperaba que estos temas fueran el eje central de la Conferencia de Revisión del TNP de 2015, sin embargo, la falta de consenso para adoptar un documento final fue una gran decepción para algunos países y la sociedad civil. Esto centró los esfuerzos en Naciones Unidas⁷⁶. En el año 2015 la Asamblea General crea un Grupo de Trabajo para abordar la cuestión de las “medidas, disposiciones y normas jurídicas eficaces y concretas que será necesario adoptar para

⁷⁴ Fuente: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-3&chapter=26&clang=en

⁷⁵ Noruega, Nueva Zelanda, México, Sudáfrica y Suiza.

⁷⁶ Egeland, Kjølsvik et al. (2018). “The nuclear weapons ban treaty and the non-proliferation regime”. *Medicine, conflict and survival*, 34(2), p. 79.

establecer y mantener un mundo sin armas nucleares”⁷⁷. La mayoría de participantes se muestran a favor de comenzar una negociación sobre la prohibición de las armas nucleares. Visto el informe del Grupo de Trabajo, la Asamblea General aprueba una resolución por la que decide celebrar en 2017 una Conferencia de las Naciones Unidas para negociar un instrumento jurídicamente vinculante que prohíba las armas nucleares y conduzca a su total eliminación⁷⁸. Esta conferencia dará como resultado la adopción del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares de 2017. Ningún Estado nuclear participó en ninguna discusión del Grupo de Trabajo y ninguno votó a favor de la Resolución⁷⁹.

A pesar de ser apoyada por la sociedad civil, la iniciativa para tratar desde este enfoque humanitario las armas nucleares se enfrenta a una fuerte oposición por parte de los Estados nucleares y de aquellos Estados protegidos por el llamado “paraguas nuclear”⁸⁰. Se han creado dos grupos de Estados que defienden dos tipos de medidas diferentes. Unos creen que la prohibición de las armas nucleares es necesaria para conseguir su eliminación debido a su impacto humanitario. Otros están a favor de una reducción de los arsenales nucleares hasta llegar, con el tiempo, a su eliminación y prohibición en base a supuestas necesidades de seguridad.

4.3. El contenido humanitario del TPAN

Las razones humanitarias que llevaron a la creación del Tratado quedan claras en su extenso preámbulo, inspirado en el lenguaje de la Convenciones sobre las minas antipersona y las municiones de racimo⁸¹. Como sabemos, el preámbulo de un tratado no es vinculante, pero es esencial para entender sus objetivos y sus orígenes. Por ello, su redacción es importante para la interpretación del articulado.

Kurosawa⁸² extrae tres características de la lectura del preámbulo del TPAN. La primera es que enfoca el desarme nuclear desde un punto de vista humanitario. La segunda es que pone el énfasis en una prohibición legal, haciendo menciones al Derecho Internacional, concretamente, al Derecho Internacional Humanitario. La tercera es que deja entrever una de las razones por las que se procedió a la negociación de este

⁷⁷ Resolución 70/33 de la Asamblea General “Avances de las negociaciones multilaterales de desarme Nuclear” A/RES/70/33, de 7 de diciembre de 2015.

⁷⁸ Resolución 71/258 de la Asamblea General “Avances de las negociaciones multilaterales de desarme nuclear” A/RES/71/258, de 23 de diciembre de 2016.

⁷⁹ La Resolución se aprobó por 113 votos a favor, 35 en contra y 13 abstenciones. En cuanto a los países nucleares, Francia, Reino Unido, Estados Unidos, Rusia e Israel votaron en contra; Pakistán, la India y China se abstuvieron; y Corea del Norte no participó en las votaciones.

⁸⁰ Término que se utiliza para referirse a la protección con la que supuestamente cuentan algunos países por tener alianzas con algún Estado nuclear. Principalmente se refiere a la mayoría de países miembros de la OTAN, Japón, Corea del Sur y Australia.

⁸¹ Rietiker, Daniel y Mohr, Manfred (2018). Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: a short commentary article by article, p. 8. Disponible en https://www.ialana.info/wp-content/uploads/2018/04/Ban-Treaty-Commentary_April-2018.pdf

⁸² Kurosawa, Mitsuru (2018). “The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Its significance and challenges”. *Osaka University Law Review*, 65, pp. 10-11.

Tratado: es el ritmo excesivamente lento en el que se avanza hacia el desarme nuclear. Se destaca que no solo no se está cumpliendo el artículo VI del TNP, el cual obliga a los Estados a negociar de buena fe el desarme nuclear; sino que se están promoviendo los programas de modernización de estas armas.

El preámbulo hace alusión a la preocupación por las catastróficas consecuencias humanitarias de todo uso de las armas nucleares. Este uso tendría grandes repercusiones sobre la supervivencia humana, el medioambiente, el desarrollo socioeconómico, la economía mundial, la seguridad alimentaria y la salud de la generación actual y las futuras, teniendo un efecto desproporcionado en mujeres y niñas como resultado de la radiación ionizante⁸³.

Los Estados parte afirman ser conscientes de los sufrimientos causados a las víctimas de las armas nucleares (llamados *hibakusha* en Japón) y a los afectados por los ensayos nucleares. También se hace un reconocimiento explícito a los pueblos indígenas debido al impacto desproporcionado que las actividades nucleares tienen sobre ellos⁸⁴.

El preámbulo hace referencia a la necesidad de que los Estados cumplan en todo momento el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Tratado dice basarse en los principios y normas del DIH, en particular el principio de que las partes de un conflicto no tienen un derecho ilimitado a elegir los medios de combate, el principio de distinción, la prohibición de ataques indiscriminados, el principio de proporcionalidad y las precauciones en el ataque, la prohibición del uso de armas que puedan causar sufrimientos innecesarios y las normas de protección del medioambiente. Con relación a estos principios, se considera que todo uso del arma nuclear sería contrario a las normas de Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados. Igualmente sería contrario a los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública, lo cual es una referencia a la Cláusula Martens.

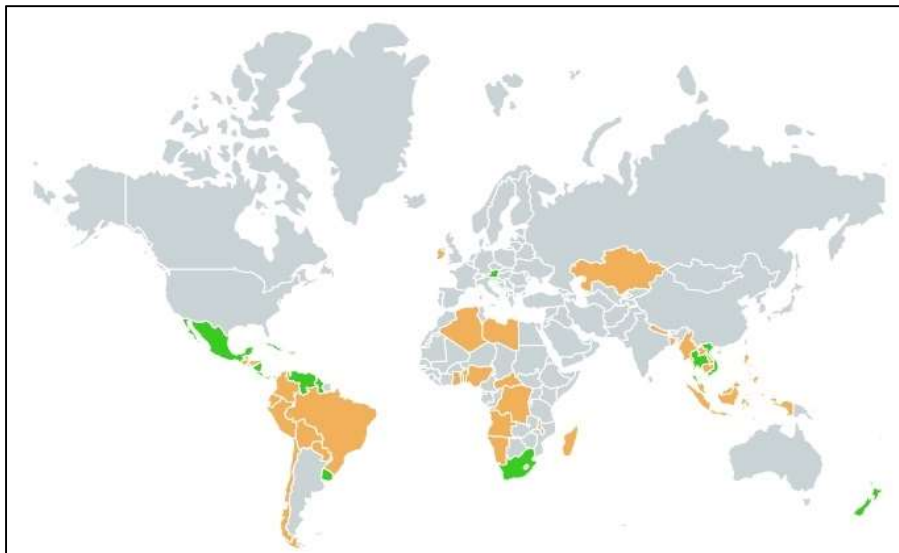
Las alusiones a cuestiones de carácter humanitario no solo se encuentran en el preámbulo, sino también dentro del articulado. El Tratado impone una serie de obligaciones, como la asistencia a las víctimas del uso y el ensayo de armas nucleares. Esta obligación existe tanto por parte de un Estado para con sus propios ciudadanos

⁸³ La radiación producida por las armas nucleares afecta al cuerpo de la mujer de manera diferente: deja un legado tóxico afectando especialmente al sistema reproductor y tienen un 50% más de riesgo de desarrollar cáncer. Después de los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki, las mujeres fueron estigmatizadas y discriminadas por miedo a que no pudieran dar a luz a niños sanos. Ver Beenes, Maaïke (2018). "The Non-Proliferation Treaty & the gendered impacts of nuclear weapons". Disponible en <https://nonukes.nl/the-non-proliferation-treaty-the-gendered-impacts-of-nuclear-weapons/>

⁸⁴ Históricamente las pruebas nucleares se han realizado en zonas donde habitan grupos indígenas que han quedado contaminadas. Esas personas, al estar expuestas a la radiación, corren el riesgo de desarrollar enfermedades relacionadas con esta. En muchos casos, las personas que vivían al lado de esas zonas han sido desplazadas de sus casas permanentemente. Ver Acheson, Ray (2017). "Lived experience and the nuclear ban". Nuclear Ban Daily, 2(2). Disponible en <https://vowpeace.org/lived-experience-and-the-nuclear-ban/>

4.4. Análisis del Tratado y su relación con el Tratado de No Proliferación Nuclear

Ilustración 1. Estado del TPAN



Es un instrumento controvertido porque prohíbe un arma de la que carecen los Estados que lo han negociado. Esto genera dudas sobre su efectividad como medida de desarme. Sin embargo, parece que lo que buscan sus impulsores no es una efectividad a corto plazo. En cambio, se busca crear un instrumento que por primera vez deje al

34

arma nuclear fuera de la legalidad y así iniciar un proceso que presione a los Estados nucleares y haga que alguno de ellos, con el tiempo, renuncie a ella⁸⁶. Durante las negociaciones, todos los Estados tenían claro que los Estados nucleares no iban a renunciar a las armas nucleares próximamente y, por tanto, se eligió crear un estigma en torno a la posesión de estas armas y dejar a estos Estados al margen.

Este no es un caso único, como ejemplo podemos destacar que dos de los Estados considerados nucleares por el TNP, Francia y China, no se unieron a este hasta 1992 y eso no impidió que ese instrumento fuera negociado e implementado⁸⁷. Cuando se aprobó la Convención sobre las Armas Químicas, muchos dudaban también de que algunos Estados pasaran a formar parte de ella alguna vez, pero el tiempo ha demostrado que el estigma sobre esas armas fue creciendo y al final la ratificación ha sido mayoritaria. Sin embargo, pensar que esto puede ocurrir también con las armas nucleares no es tan fácil. Estas armas tienen un componente político y de seguridad que no tenían las armas químicas⁸⁸.

Según algunos autores como Cartagena⁸⁹, y algunos Estados también comparten esta opinión, los riesgos que acarrea este nuevo tratado son varios. Por un lado, pone en cuestión el régimen de no proliferación existente. Por otro lado, divide aún más a la comunidad de Estados puesto que duplica los foros de desarme y no proliferación. Por último, aumenta la desconfianza sobre esos foros tradicionales, como la Conferencia de Desarme de Ginebra⁹⁰. Cabe destacar que esta CD ha estado más de dos décadas paralizada⁹¹ y esa fue, precisamente, una de las razones por la que algunos Estados no nucleares decidieron iniciar un proceso fuera de su ámbito.

Desde que se adoptó el Tratado de No Proliferación Nuclear se ha instado a los Estados nucleares a negociar el desarme, especialmente durante las Conferencias de revisión de la propia norma. En la Opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares los jueces votaron de manera unánime a favor de la existencia de una obligación de perseguir de buena fe negociaciones que lleven al desarme, basándose en el artículo VI del TNP. Se dijo que no es una mera obligación de conducta, sino de resultado. Además, algunos consideran que es una obligación consuetudinaria, por lo que también

⁸⁶ Cartagena Núñez, Ignacio (2017). *Op. cit.*, p. 891.

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ Cervell Hortal, María José (2018). "El Tratado para la prohibición de las armas nucleares (2017): ¿utopía o realismo?". *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, p. 428.

⁸⁹ Cartagena Núñez, Ignacio (2017). *Op. cit.*, p. 892.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 900.

⁹¹ Desde la negociación del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares de 1996, la Conferencia solo ha llegado a un acuerdo sobre el programa de trabajo a seguir en dos ocasiones, en 1998 y en 2009, ya que funciona por consenso. Esto ha hecho que este foro esté bloqueado durante más de dos décadas. A principios de 2018, tras nueve años bloqueada, han llegado a un acuerdo sobre el programa de trabajo a seguir.

afectaría a aquellos países nucleares no miembros del TNP⁹². A la vista de la falta de avances, no es sorprendente que los Estados no nucleares hayan buscado una vía alternativa. Además, la negativa de los Estados nucleares a siquiera participar en las negociaciones del TPAN demuestra que los esfuerzos por cumplir la obligación de desarme son prácticamente inexistentes, ya tenga carácter consuetudinario o no.

El principal argumento de los países nucleares y los miembros de la OTAN (salvo Países Bajos) para no participar en las negociaciones fue que este nuevo tratado es incompatible con el TNP. Esta compatibilidad no presenta ningún problema para los Estados no nucleares, salvo aquellos que tengan en su territorio o bajo su jurisdicción armas de otros Estados⁹³. En cambio, los nucleares tendrían que renunciar a sus políticas de disuasión si decidieran pasar a formar parte del Tratado.

Tal y como indica Cervell⁹⁴, más que una amenaza para el TNP, el nuevo tratado debe entenderse como un instrumento destinado a complementar el marco jurídico existente con relación al desarme nuclear. La incompatibilidad entre ambos tratados no sería un tema jurídico, sino más bien una excusa para justificar la reticencia de algunos Estados a ser parte de él y su falta de compromiso con el desarme nuclear. Estos Estados que ahora defienden el TNP son los mismos que han incumplido la obligación de desarme que este impone en el artículo VI. Este precepto impone a los Estados firmantes el deber de negociar de buena fe un tratado de desarme general y completo. Por definición, eso es lo que es el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares.

4.5. Efectos de la aprobación del TPAN

Menos de un año después de su aprobación, ya ha habido ciertos efectos positivos en la Conferencia Preparatoria del TNP de 2018 en el modo de pensar y la postura de varios participantes. Después de casi una década de inactividad, la Conferencia de desarme de Ginebra ha llegado a un acuerdo sobre el plan de trabajo a seguir, el cual debe ser aprobado por consenso. Esto ha sido sorprendente debido a la actitud del presidente estadounidense hacia los foros multilaterales como el Acuerdo de París sobre el cambio climático o el Acuerdo nuclear con Irán⁹⁵, de los cuales Estados Unidos se retiró en 2017 y 2018, respectivamente. Además, Pakistán también había bloqueado en varias ocasiones el comienzo de las negociaciones sobre el Tratado sobre la

⁹² Declaración del Presidente Bedjaoui en la Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares (1996).

⁹³ Este es el caso, entre otros, de Bélgica, Alemania, Italia, Países bajos y Turquía, quienes cuentan con instalaciones nucleares estadounidenses. Ver <https://www.nti.org/analysis/articles/nato-nuclear-disarmament/>

⁹⁴ Cervell Hortal, María José (2018). *Op. cit.*, p. 435.

⁹⁵ Plan de Acción Conjunto y Completo, firmado en 2015 entre Irán, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas más Alemania y la Unión Europea. En base a este acuerdo se levantaban las sanciones económicas impuestas a Irán a cambio de que limitara su programa de energía atómica, del cual se sospechaba que se estaba empleando para desarrollar armas nucleares.

cesación de la producción de material fisible (las cuales tenían que haber comenzado tras la adopción del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares en 1996⁹⁶). Algunos autores, como Finaud⁹⁷, se preguntan si este cambio en la actitud de los Estados nucleares para desbloquear el trabajo de la Conferencia se debe a la adopción del TPAN. Al menos está sirviendo para que los ocho Estados nucleares miembros de la Conferencia (todos salvo Corea del Norte) empiecen a participar en el diálogo con los Estados no nucleares en temas de desarme nuclear⁹⁸.

Al principio se temió que los países más comprometidos con el TPAN abandonarían el TNPN al unirse al nuevo tratado ya que las obligaciones para los Estados no nucleares son prácticamente iguales en ambos textos. Esto implicaría que el régimen del TNPN quedaría debilitado. Sin embargo, los defensores del TPAN han afirmado en varias ocasiones que el TNPN es la base del régimen de desarme y no proliferación. Además, durante la Conferencia Preparatoria de 2018 no ha habido indicios de que esto vaya a ocurrir. Casi todos los Estados han mostrado su compromiso en seguir trabajando en los planes acordados y ninguno ha mostrado intenciones de retirarse del Tratado como consecuencia de la firma o ratificación del TPAN⁹⁹.

Uno de los efectos principales del TPAN es la estigmatización de las armas nucleares entre la sociedad civil. Desde que se adoptó 30 grandes empresas¹⁰⁰ han dejado de invertir en armas nucleares¹⁰¹. De acuerdo con un estudio sobre la financiación de las armas nucleares¹⁰², dos de los cinco fondos de pensiones más grandes a nivel mundial han decidido no trabajar más con productores de estas armas. Además, 22 instituciones financieras han implementado políticas que aseguran que no van a tener ningún tipo de relación con empresas que produzcan armamento nuclear. Otras 41 instituciones financieras van por el mismo camino, excluyendo a los productores de armas nucleares, aunque puedan seguir teniendo algún tipo de relación financiera con empresas relacionadas con este sector debido a políticas menos estrictas. Estos datos han crecido en los últimos años y se espera que esa tendencia se mantenga.

⁹⁶ Kurosawa, Mitsuru (2018). *Op. cit.*, p. 3.

⁹⁷ Finaud, Marc (2018). The Conference on Disarmament Agrees to Start Working: a Wake-up Call for 'Sleeping Beauty'? Disponible en <https://www.gcsp.ch/global-insight/conference-disarmament-agrees-start-working-wake-call-sleeping-beauty>

⁹⁸ Hamel-Green, Michael (2018). "The Nuclear Ban Treaty and 2018 Disarmament Forums: an initial impact assessment". *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, 1(2), p. 455.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 458.

¹⁰⁰ Algunos ejemplos son el banco belga KBC, el banco alemán Deutsche Bank o GE Capital, la unidad de servicios financieros de General Electric. Fuente: <https://www.dontbankonthebomb.com/happy-birthday-tpnw-have-some-divestment/>

¹⁰¹ Hamel-Green, Michael (2018). *Op. cit.*, p. 458.

¹⁰² ICAN y PAX (2018). Don't Bank on the Bomb. Disponible en https://www.dontbankonthebomb.com/wp-content/uploads/2018/03/2018_Report.pdf

El nuevo Tratado se enfrenta a varios desafíos. El primero de ellos es que hay una división clara entre los países nucleares y los que están protegidos por estos, y los países no nucleares que están a favor del Tratado. En realidad, esta división ya existía antes, solo que ahora se ha hecho más evidente al poner el foco sobre la falta de avances en el desarme nuclear. La creación de dos grupos de Estados en el TNPN provocó que esos grupos dieran prioridad a diferentes ámbitos del Tratado. Estas diferencias han evitado llegar a un acuerdo sobre los documentos finales de las Conferencias de revisión¹⁰³ y, al final, han llevado a la creación de este nuevo Tratado.

El segundo desafío está relacionado con la consecución de los fines del Tratado cuando entre en vigor. La entrada en vigor de un Tratado suele implicar que los Estados parte tengan que empezar a cumplir una serie de obligaciones impuestas por este, sin embargo, como firmantes los Estados ya tienen ciertas obligaciones. Como hemos mencionado antes, un Estado firmante tiene la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un Tratado antes de su entrada en vigor¹⁰⁴. Además, lo cierto es que casi todas las obligaciones que impone este Tratado ya están siendo cumplidas por los Estados parte en base al Tratado de No Proliferación. Por tanto, estos tendrán que trabajar para conseguir el objetivo de estigmatizar las armas nucleares. Los esfuerzos no terminan cuando el Tratado entre en vigor, sino todo lo contrario.

5. El futuro de las armas nucleares

5.1. El TPAN y su entrada en vigor

La adopción del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares es la primera vez en la historia en la que un instrumento de Derecho Internacional Humanitario es creado a pesar de la dura oposición de las grandes potencias y la mayoría de países europeos¹⁰⁵. Países como Reino Unido, Francia, Alemania, Japón o Italia han firmado todos los tratados sobre desarme, los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos Adicionales. Ahora se encuentran en una situación en la que tienen que justificar por qué no pueden apoyar un tratado que declara ilegales las armas nucleares en base a sus efectos humanitarios devastadores¹⁰⁶.

Como hemos indicado en el apartado anterior, en mayo de 2019 el Tratado cuenta solo con 23 de las 50 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. Fihn¹⁰⁷, directora ejecutiva de la Campaña Internacional para Abolir las Armas Nucleares, argumenta que

¹⁰³ Egeland, Kjølsv et al. (2018). *Op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁴ Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969.

¹⁰⁵ Egeland, Kjølsv (2018). "Banning the bomb: inconsequential posturing or meaningful stigmatization?". *Global governance*, 24, p. 17.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Eaves, Elisabeth (2018). Beatrice Fihn explains why nuclear weapons are a scam. Disponible en <https://thebulletin.org/2018/07/beatrice-fihn-explains-why-nuclear-weapons-are-a-scam/>

el proceso de ratificación de un tratado es lento y que el breve periodo de tiempo transcurrido entre la adopción del Tratado en julio de 2017 y la apertura a la firma en septiembre de ese mismo año hizo que muchos países no tuvieran tiempo suficiente para llevar a cabo los procedimientos internos necesarios. La organización declara que actualmente hay al menos diecisiete países signatarios que están inmersos en un proceso interno para la ratificación que podría concluir próximamente; y al menos otros cinco Estados estarían preparando su firma¹⁰⁸. Esto haría su entrada en vigor posible en un futuro cercano, algunos miembros de la organización hablan de 2020¹⁰⁹. Lo cierto es que, en comparación con otros tratados de desarme, el ritmo de ratificaciones es relativamente lento. Transcurridos más de 600 días desde su apertura a la firma, tan solo la Convención sobre Armas Químicas había logrado un porcentaje menor de las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor¹¹⁰.

Lo cierto es que los Estados nucleares ignoren la existencia del Tratado solo lleva a aumentar la frustración de los Estados no nucleares y dificulta la puesta en marcha de medidas efectivas para el desarme y la no proliferación en otros foros defendidos por ellos, como la Conferencia de Revisión del Tratado de No Proliferación de 2020¹¹¹. Esta Conferencia de Revisión es importante porque se cumplen veinticinco años desde la decisión de prorrogarlo indefinidamente en 1995. En la Conferencia de Revisión de 1995 se eligió prorrogar el Tratado indefinidamente, en lugar de hacerlo por solo veinticinco años como defendían algunos países con el fin de mantener cierto nivel de presión sobre los Estados nucleares. La falta de logros en el ámbito del desarme nuclear en estos veinticinco años, sin duda pone en cuestión si se tomó la decisión correcta¹¹².

Estados Unidos presentó un documento titulado “Creando las condiciones para el desarme nuclear”¹¹³ en 2018, en el Comité preparador de la Conferencia de Revisión del TNP de 2020. Este documento argumenta que el enfoque actual por el que se pretende reducir el número de armas nucleares existente y su abolición inmediata no funciona porque no aborda las cuestiones de seguridad que están impidiendo ese desarme. Este país defiende un proceso en el que se den pasos para mejorar las relaciones entre Estados, reducir las tensiones regionales, disminuir la capacidad nuclear de los Estados de manera paulatina, y ofrecer mayor transparencia y sistemas

¹⁰⁸ Fuente: <https://www.icanw.org/progress-towards-ratification/>

¹⁰⁹ Fuente: <https://www.pri.org/stories/2019-03-14/can-ban-treaty-eliminate-threat-nuclear-war-clock-ticking-down>

¹¹⁰ 600 días después de su apertura a la firma (mayo de 2019) el TNP ha alcanzado un 46% de las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor mientras que transcurridos los mismos días la Convención sobre Armas Químicas solo contaba con un 22%. En cambio, otros tratados como las Convenciones sobre Armas Biológicas, Municiones de Racimo o las Minas Antipersona ya habían superado el 100%, y el Tratado de No Proliferación contaba con casi un 80%.

¹¹¹ Stadler, Bernadette y Claeys, Suzanne (2018). Bad idea: Ignoring the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. Disponible en <https://defense360.csis.org/bad-idea-ignoring-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/>

¹¹² Gibbons, Rebecca (2019). “The Future of the Nuclear Order”. *Arms Control Today*, 49(3), p. 13.

¹¹³ Disponible en <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/wp-content/uploads/2018/04/1806176E.pdf>

comprensivos de verificación y ejecución de los tratados ya existentes. En cuanto a acciones concretas, consideran esencial la desnuclearización de Corea del Norte y la creación en Oriente Medio de una zona libre de armas nucleares.

Está claro que la desnuclearización de Corea del Norte es una prioridad para las potencias nucleares reconocidas por el Tratado de No Proliferación, especialmente Estados Unidos. Sin embargo, tal y como indica Cirincione¹¹⁴, ningún país ha sido obligado a renunciar a las armas nucleares, sino que han sido convencidos de ello. Opina que las sanciones, las amenazas militares y las coacciones no han funcionado, al contrario, han incrementado el deseo y los esfuerzos de Corea del Norte por desarrollar y mantener armas nucleares. Uno de los ejemplos más claros es el de Sudáfrica, el único país que ha desarrollado y se ha deshecho de las armas nucleares voluntariamente. Este país renunció a sus armas con el fin de los conflictos regionales que suponían una amenaza para él¹¹⁵. El caso norcoreano es parecido, ya que la amenaza estadounidense es el principal argumento para mantener estas armas.

La gran diferencia de la iniciativa humanitaria que ha llevado a la adopción del TPAN y otros esfuerzos de desarme nuclear anteriores es que esta vez se combinan argumentos legales y morales. Los argumentos legales se emplean de tres maneras¹¹⁶. La primera de ellas es que los impulsores del Tratado son conscientes de que una prohibición legal no va a llevar necesariamente al desarme. Algunos Estados van a permanecer fuera del Tratado, algo que también ha pasado con el TNPN. Pero una prohibición legal aporta un elemento crucial en el proceso de deslegitimación y devaluación de las armas nucleares. Con el nuevo Tratado ya se ha creado una norma y ahora el trabajo es hacer que sea universal. La ilegalidad del arma puede permitir su estigmatización.

La segunda es que el argumento para una prohibición legal intenta lidiar con la relación de poder asimétrica que hay entre los Estados que tienen armas nucleares y los que no las tienen. Se intenta transformar el hecho mismo de poseer armas nucleares, que es una decisión política y de conveniencia; en una cuestión sobre legalidad/ilegalidad.

La tercera, y última, es que los argumentos legales se utilizan para abordar una cuestión política inmune, hasta ahora, a todo desafío. Los países nucleares tienen que

¹¹⁴ En Myre, Greg (2017). Giving up nuclear weapons: it's rare, but it's happened. Disponible en <https://www.npr.org/sections/parallels/2017/05/08/526078459/giving-up-nuclear-weapons-its-rare-but-its-happened?t=1558694854825>

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Ruzicka, Jan (2018). "The next great hope: the humanitarian approach to nuclear weapons". *Journal of International Political Theory*, p. 5.

defenderse, con argumentos políticos y legales, cosa que antes no tenían que hacer porque el *statu quo* sobre la legalidad de estas armas no se había puesto en cuestión.

Como hemos indicado en el apartado anterior, uno de los primeros efectos del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares es que algunas empresas importantes dejen de invertir en este tipo de armamento. Esto es un logro importante porque sin financiación privada se dificulta la construcción y desarrollo de estas armas. Si convencer a los Estados nucleares no es posible de momento, quizá sí que lo es convencer a aquellas empresas que financian la producción del armamento nuclear, especialmente porque suelen ser más vulnerables a las presiones de la sociedad civil que los Estados. En este sentido, es fundamental utilizar argumentos relacionados con la difícil, por no decir imposible, compatibilidad de los principios del Derecho Internacional Humanitario con el uso de estas armas.

Una de las posibles consecuencias de la entrada en vigor del TPAN, y en la que confían sus defensores, es que conduzca a la creación de una norma consuetudinaria. La Corte Internacional de Justicia ya declaró en la Opinión consultiva de 1996 que la práctica de los Estados no era suficientemente clara y uniforme para determinar que existía una prohibición consuetudinaria de las armas nucleares. Lo cierto es que hoy en día la situación no ha cambiado mucho. Está por ver cuál será el efecto del Tratado una vez entre en vigor, ya que puede tener un papel fundamental en la formación de la *opinio juris* para la creación de una norma consuetudinaria si consigue una participación suficientemente generalizada. Con relación a esto hay que tener en cuenta que la mayoría de Estados nucleares, especialmente aquellos que son parte del TNPN, han declarado que el nuevo Tratado no refleja una norma consuetudinaria existente, ni contribuye a su creación. Por tanto, están tomando la posición de objetor persistente para una hipotética norma consuetudinaria de prohibición de armas nucleares en el futuro, lo que supondría que dicha norma no se les aplicaría.

5.2. La evolución de otros tratados relacionados con las armas nucleares

Un tratado universal y verificable que prohíba la realización de pruebas nucleares es una medida esencial para el desarme y la no proliferación, tal y como indica Carlson¹¹⁷. La adopción del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (TPCEN) en septiembre de 1996 se consideró uno de los pasos más significativos del desarme nuclear. Sin embargo, casi veintitrés años después de que quedara abierto a la firma sigue sin entrar en vigor. La fórmula elegida para la entrada en vigor fue exigir la

¹¹⁷ Carlson, John (2019). Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty: Possible measures to bring the provisions of the Treaty into force and strengthen the norm against nuclear testing. Disponible en <https://vcdnp.org/wp-content/uploads/2019/04/CTBT-John-Carlson-Paper.pdf>

ratificación de todos los Estados con capacidad de producir armas nucleares en ese momento. Como prueba de este hecho se tomó como referencia la posesión de reactores de energía o reactores de investigación, haciendo que el Tratado tuviera que ser ratificado por los 44 Estados que se incluyeron en el Anexo II del texto¹¹⁸. Esta exigencia ha hecho que aún no haya entrado en vigor y que no haya perspectivas de que esto ocurra en un futuro cercano, aunque algunos elementos del sistema de verificación incluido en el Tratado sí están operativos provisionalmente. En mayo de 2019, 168 Estados son parte del Tratado y 184 signatarios¹¹⁹.

Como sabemos, para la formación de una norma consuetudinaria hay dos elementos esenciales. El primero de ellos es el elemento material de la costumbre o la práctica de los Estados, la cual debe ser un comportamiento generalizado, contante y uniforme¹²⁰. En relación con esto, la mayoría de los Estados nucleares no han realizado ensayos nucleares en décadas. Estados Unidos, Rusia, Reino Unido, Francia, China, India y Pakistán no han realizado pruebas desde los noventa. Solo Corea del Norte ha desarrollado pruebas nucleares recientemente, seis pruebas entre 2006 y 2017. Sin embargo, como consecuencia de las negociaciones con EE. UU., a mediados del año 2018 el único sitio de pruebas norcoreano conocido, Punggye-ri, fue desmantelado.

En lo que se refiere al elemento subjetivo, u *opinio juris*, está formado por la creencia de que los Estados actúan en cumplimiento de una obligación jurídica¹²¹. En este caso el propio TPCEN es una prueba de la existencia de una norma (convencional) en contra de los ensayos nucleares. Además, tanto los cinco Estados nucleares¹²², como otros países que no las poseen¹²³, han emitido declaraciones sobre el alto en la realización de pruebas nucleares que pueden contribuir a la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria. Bajo el TNP los Estados no nucleares parte se comprometen a no adquirir armas nucleares y, por tanto, a no realizar ensayos nucleares. Además, los Estados nucleares parte del TNP tienen una obligación de desarme que se puede entender de tal manera que incluya la prohibición de hacer pruebas nucleares. Llevar a cabo ensayos nucleares, especialmente para la creación de nuevos tipos de armas, no parece compatible con dicha obligación. Todo lo anterior podría servir para probar la

¹¹⁸ De esos 44 Estados del Anexo II Corea del Norte, la India y Pakistán aún no lo han firmado; y China, Estados Unidos, Egipto, Irán e Israel no lo han ratificado.

¹¹⁹ Fuente: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-4&chapter=26&clang=en
Además de los tres países del Anexo II que aún no han firmado el Tratado, tampoco lo han hecho Arabia Saudí, Bután, Cuba, Dominica, Mauricio, Siria, Somalia, Sudán del Sur y Tonga.

¹²⁰ Andrés Sáenz de Santa María, Paz (2014). *Op. cit.*, pp. 133-134.

¹²¹ *Ibidem*, p. 137.

¹²² Declaración conjunta de los cinco Estados nucleares del TNP de 15 de septiembre de 2016. Disponible en <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2016/09/261993.htm>

¹²³ Ver la declaración conjunta sobre el TPCEN realizada el 26 de septiembre de 2014 por los ministros de exteriores de Australia, Canadá, Finlandia, Alemania, Japón y Países Bajos. Disponible en https://www.ctbto.org/fileadmin/user_upload/statements/2014_ministerial_meeting/2014_joint_ministerial_statement_final.pdf

existencia de una norma consuetudinaria que prohíba las pruebas nucleares. Sin embargo, igual que sucede con la prohibición del uso de armas nucleares, tal y como hemos mencionado a largo de este trabajo, probar la existencia de una prohibición de los ensayos nucleares bajo el Derecho consuetudinario es complicado.

Además de la existencia o no de una norma consuetudinaria, hay que tener en cuenta otros dos factores con relación al TPCEN. En primer lugar, tal y como hemos mencionado anteriormente, el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados indica que un Estado firmante debe abstenerse de realizar actos que frustren el objeto y fin de un Tratado antes incluso de que este entre en vigor. El TPCEN, como hemos indicado antes, cuenta con 16 Estados que lo han firmado pero aún no lo han ratificado, entre ellos tres países nucleares (Israel, China y Estados Unidos) y, por tanto, en virtud de esa obligación internacional estos no pueden realizar este tipo de actos. Presumiblemente, realizar ensayos nucleares siendo signatarios de este Tratado iría en contra de su objeto y fin.

Este Tratado también es bastante inusual. Esto se debe a que algunos elementos están siendo aplicados a pesar de que aún no esté en vigor. El artículo IV requiere que el sistema de verificación esté operativo una vez que el Tratado entre en vigor. Además, el Sistema Internacional de Vigilancia (SIV), diseñado para detectar y localizar detonaciones nucleares, y el Centro Internacional de Datos, el cual recoge información del SIV y elabora informes para los Estados parte, están operativos casi en un 90%.

Existen varias propuestas con relación a la situación de bloqueo en la que se encuentra el TPCEN. La primera es elaborar un nuevo tratado, con un contenido similar, pero con unos requisitos menos estrictos para su entrada en vigor. La segunda opción es reformar el Tratado para cambiar esas condiciones de entrada en vigor. Ninguna de ellas parece probable. Sin embargo, una opción a considerar sería la aplicación provisional del Tratado en aplicación del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969. El TPCEN no contempla esta posibilidad expresamente, por lo que debería hacerse en virtud de un acuerdo de la mayoría de Estados que lo han ratificado, aunque no necesariamente todos¹²⁴. Esta sería una buena opción ya que el apoyo al Tratado es mayoritario y el régimen de verificación está prácticamente operativo, aunque no pueda emplearse por completo hasta la entrada en vigor. Además, el proceso preparatorio para una aplicación provisional podría ejercer presión sobre los Estados que aún no son parte¹²⁵.

¹²⁴ Johnson, Rebecca (2006). "Is it time to consider provisional application of the CTBT?". *Disarmament forum*, 2, p. 32.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 33.

Además de estos Tratados multilaterales, las dos grandes potencias nucleares podrían dar pasos significativos con relación a estas armas. Una de las opciones es la renegociación del Tratado sobre Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio. Este Tratado, firmado el 8 de diciembre de 1987 por la Unión Soviética y Estados Unidos, ha quedado suspendido por ambos países por las acusaciones realizadas por este último de que Rusia ha estado incumpléndolo. La suspensión, efectiva desde el 1 de febrero de 2019, pasará a ser permanente si no llegan a un acuerdo en seis meses¹²⁶.

En una situación parecida se encuentra el Plan de Acción Conjunto y Completo, firmado en 2015 entre Irán, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Alemania y la Unión Europea. Como hemos indicado antes, este acuerdo levantaba las sanciones económicas a Irán a cambio de que limitara su programa de energía atómica, del cual se sospechaba que estaba siendo empleado para desarrollar armas nucleares. La retirada de Estados Unidos en 2018 no solo afecta a Irán, sino que también es un posible obstáculo para la estabilización y la creación de una zona libre de armas nucleares en Oriente Medio.

Por último, cabe mencionar la propuesta del Tratado de prohibición de la producción de material fisible. Este tratado prohibiría la producción de los dos principales componentes de las armas nucleares: el uranio altamente enriquecido y el plutonio. La propuesta de este Tratado se introdujo en la Conferencia de Desarme ya en 1995, pero apenas se ha avanzado desde entonces. Esto se debe a que hay un desacuerdo entre los Estados debido a varias cuestiones¹²⁷. La fundamental es si se deben incluir en el Tratado los arsenales existentes, de modo que los países tengan que informar al Organismo Internacional de la Energía Atómica sobre todo el material fisible con el que cuentan, tanto para uso civil, como militar. Algunos países, como Estados Unidos o Reino Unido prefieren un Tratado que solo limite la producción futura de material fisible. Otros consideran que debe incluir el material ya existente. Parece que los esfuerzos por crear este Tratado han resurgido tras la publicación del informe del grupo preparatorio de expertos en 2018¹²⁸, sin embargo, mientras las negociaciones se sigan realizando dentro del ámbito de la Conferencia de Desarme existe el riesgo de que el proceso quede bloqueado, como ya ha ocurrido en otras ocasiones.

¹²⁶ Ver <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-47094695>

¹²⁷ Nuclear Threat Initiative (2018). Proposed fissile material (cut-off) treaty (FMCT). Disponible en <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/proposed-fissile-material-cut-off-treaty/>

¹²⁸ Disponible en <https://undocs.org/es/A/73/159>

5.3. El Caso de las Islas Marshall

En relación con la obligación de desarme que hemos mencionado en el apartado anterior, tanto la norma recogida en el artículo VI del TNP, como la norma consuetudinaria; cabe mencionar también los esfuerzos llevados a cabo por las Islas Marshall, país en el que entre 1946 y 1958 se realizaron hasta 67 pruebas nucleares por Estados Unidos. Esta obligación de desarme tomó importancia de nuevo en 2014 a raíz de la demanda presentada ante la Corte Internacional de Justicia por las Islas Marshall contra Reino Unido, India y Pakistán¹²⁹ (también se presentaron demandas contra el resto de los países nucleares, pero solo estos tres han aceptado la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia). La fundamentación de esta demanda era el incumplimiento de las obligaciones de perseguir de buena fe y llevar a cabo negociaciones para el desarme nuclear. En el caso del Reino Unido, en incumplimiento del artículo VI del TNP y del Derecho consuetudinario. En el caso de la India y Pakistán, en incumplimiento del Derecho consuetudinario. No solo estos países no estaban avanzando hacia el desarme, sino que están modernizando sus arsenales y bloqueando las negociaciones¹³⁰. Si bien en la Opinión consultiva de 1996 la Corte ponía de relieve la falta de compromiso de los Estados en este ámbito, en el Caso de las Islas Marshall rehusó entrar en el fondo del asunto bajo el argumento de que no existía una controversia jurídica real tal y como exige el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte. Cabe mencionar que las votaciones fueron bastante ajustadas. En el caso de Reino Unido hubo un empate de ocho votos a favor y ocho en contra de la existencia de una disputa. En los casos de la India y Pakistán la distribución del voto fue de nueve contra siete. Esto deja claro que la división de opiniones existente en el momento de la Opinión consultiva de 1996 sigue presente. Cabe mencionar el cambio introducido en la práctica de la Corte. Mientras lo habitual ha sido que la CIJ aprecie la existencia de una disputa como algo objetivo, esta vez ha introducido un elemento subjetivo al considerar que los países demandados no podían ser conscientes de la existencia de una disputa. Para realizar esta afirmación se basa en que en las declaraciones hechas por las Islas Marshall en 2014¹³¹ sobre el quebrantamiento de la obligación de desarme por parte de los Estados nucleares no se hacía una alusión directa a los Estados demandados y era imprecisa¹³². Este desafortunado resultado mantiene la duda de lo que hubiera dicho la Corte si hubiera entrado al fondo del asunto, ya que en la Opinión consultiva declaró

¹²⁹ Corte Internacional de Justicia, "Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear" (Islas Marshall v. India), sentencia de 5 de octubre de 2016, *I.C.J. Reports* 2016, p. 255; (Islas Marshall v. Pakistán), *Ibidem*, p. 552; (Islas Marshall v. Reino Unido), *Ibidem*, p. 833.

¹³⁰ Stewart, David (2014). "International decisions". *The American Journal of International Law*, 111(2), p. 440.

¹³¹ Declaración de las Islas Marshall durante la Segunda Conferencia sobre el impacto humanitario de las armas nucleares realizada en México en 2014.

¹³² Stewart, David (2014). *Op. cit.*, pp. 441-442.

que la obligación de desarme impuesta por el Tratado de No Proliferación era una obligación de resultado. El hecho de que en más de veinte años no se haya avanzado - ya no en la consecución del objetivo, sino en las negociaciones- parece poner en evidencia un claro incumplimiento de esta obligación.

Mohammed Bedjaoui, presidente de la CIJ en el momento de la emisión de la Opinión consultiva en 1996, ya determinó en su opinión disidente adjunta a esta que consideraba que tras 50 años la obligación de desarme había adquirido naturaleza consuetudinaria. Precisamente este juez fue elegido por las Islas Marshall como juez *ad hoc* para las tres demandas que había presentado. Asimismo, en el caso de las Islas Marshall, el juez Cançado Trindade deja claro en su opinión disidente que también considera que esta obligación ha adquirido carácter consuetudinario (también dice que los principios de DIH son *Jus cogens*). Considera que la *opinio juris* necesaria ha quedado reflejada en las conferencias de revisión del TNP, en las conferencias de carácter humanitario sobre el impacto de las armas nucleares y en la creación de las Zonas libres de armas nucleares. Especialmente relevante es su afirmación de que las armas nucleares son intrínsecamente indiscriminadas, incontrolables y están prohibidas bajo el Derecho Internacional Humanitario (especialmente menciona los artículos 35, 48 y 51 del Protocolo Adicional I¹³³) y son, incluso, inhumanas.

A pesar de que los casos iniciados por las Islas Marshall no fueron fructíferos, debemos señalar que algunas de las cosas que dijo la Corte son importantes. Si la Opinión consultiva de 1996 calificaba de “Estados afectados” solo a los nucleares, en estos recientes casos la Corte ha reconocido que las Islas Marshall tienen “especiales motivos para preocuparse por el desarme nuclear”. Esto es importante por dos razones. La primera es que en la formación del Derecho consuetudinario tiene especial relevancia la práctica de los “Estados afectados”¹³⁴. La segunda es que este reconocimiento podría abrir el camino a otras demandas por parte de Estados afectados que se encuentran en una situación parecida, como Japón por haber sido afectado por las bombas o Australia, Kazakstán y otros Estados del Pacífico por haber albergado pruebas nucleares¹³⁵.

¹³³ Estos artículos se refieren al derecho limitado de las partes en un conflicto a elegir los medios y métodos de guerra, prohibición de empleo de armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios y prohibición de empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o que se prevea que van a causar, daños extensos, duraderos y graves al medioambiente (artículo 35); a la distinción entre la población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares (artículo 48); y a la afirmación de que la población civil no puede ser objeto de ataques y la prohibición de ataques indiscriminados (artículo 51).

¹³⁴ Heller, Kevin Jon (2018). “Specially-affected states and the formation of custom”. *American Journal of International Law*, 112(2), p. 191.

¹³⁵ Pedersen, Nina Sofie (2016). “Implications of the Marshall Islands Case for nuclear disarmament”. Disponible en <http://www.basicint.org/news/2016/implications-marshall-islands-case-nuclear-disarmament>

6. Conclusiones

El objetivo de este trabajo ha sido analizar el régimen jurídico actual de las armas nucleares, especialmente teniendo en cuenta la reciente adopción de un tratado que por primera vez deja fuera de la legalidad las armas nucleares basándose en consideraciones de carácter humanitario.

Ya en el año 1996 la Corte Internacional de Justicia admitió en su Opinión consultiva que no se habían presentado pruebas suficientes durante el procedimiento que justificasen que existían armas nucleares cuyo uso tuviera unos efectos tan limitados que cumplieran los principios del Derecho Internacional Humanitario. Tampoco se explicó por qué de existir un arma nuclear de esas características, un arma convencional no serviría para conseguir los mismos objetivos militares. Hoy en día seguimos sin tener esas respuestas.

Las armas nucleares, en la mayoría de sus usos, incumplirían algunos de los principios más importantes del Derecho Internacional Humanitario. Son armas indiscriminadas, incapaces de distinguir entre civiles y combatientes, y entre objetivos civiles y militares. Es posible que algunas armas nucleares, como aquellas armas tácticas de baja potencia, sean capaces de dirigirse exclusivamente a objetivos militares. Sin embargo, esto no ha sido probado, y de ser así, una mínima parte de los arsenales actuales está formada por armas de estas características, por lo que no justifica el mantenimiento y la modernización de las grandes armas nucleares que se ha llevado a cabo durante décadas y que sigue actualmente. Además, en tanto que sus efectos, particularmente la radiación, son incontrolables, son armas indiscriminadas y, por tanto, ilegales. Tampoco es fácil encontrar un objetivo militar lo suficientemente importante como para justificar el terrible sufrimiento que causarían estas armas, incumpliendo tanto la prohibición de causar sufrimientos innecesarios, como el principio de proporcionalidad. Igualmente, los efectos de una explosión nuclear causarían un daño devastador al medioambiente, afectando también a países neutrales y pudiendo causar la destrucción de la humanidad.

La mayoría de estos principios son parte del Derecho consuetudinario, por lo que todos los países nucleares están vinculados por ellos, independientemente de que hayan firmado los tratados que contienen estas normas. A la vista de la incompatibilidad de las armas nucleares con los principios del DIH no se puede dudar de que son armas ilegales. Además, no podemos aceptar el argumento de que su uso podría ser legal en circunstancias extremas de legítima defensa, ya que el DIH debe cumplirse por todos los Estados y en cualquier circunstancia.

El Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares adoptado en 2017 ha supuesto un primer paso importante porque, por primera vez, estas armas quedan fuera de la

legalidad en base a una norma convencional. Sin embargo, es preciso que los países defensores de esta norma y la sociedad civil sigan presionando al resto de la comunidad de Estados para que haya un mayor número de ratificaciones y así pueda entrar en vigor. Una vez que esto ocurra, el proceso hacia la creación de una norma consuetudinaria que prohíba el uso, posesión y fabricación de las armas nucleares puede comenzar. Además, es importante que los Estados nucleares, aquellos que llevan décadas justificando la posesión y la amenaza de uso de un arma esencialmente ilegal, se vean presionados para deshacerse de ellas una vez que se den cuenta de que el resto de Estados consideran que estas conductas son inaceptables, no solo moral, sino legalmente. Para esto es fundamental la labor de la sociedad civil, no solo en la presión ejercida sobre los Estados, sino sobre aquellas empresas que sacan beneficios económicos de la creación de unas armas que ponen en peligro la supervivencia de la humanidad.

Es cierto que las armas nucleares, afortunadamente, no se han utilizado desde 1945, pero esto no asegura que no vayan a emplearse en un futuro. Todos sabemos que el uso de armas nucleares produce unos efectos devastadores, pero también los causan las armas biológicas y químicas y esto no ha impedido su uso en numerosas ocasiones. Nadie diría que un uso limitado de armas biológicas o de armas químicas estaría justificado por el simple hecho de emplear armas de baja potencia. Tampoco nadie justificaría tal uso por haberse realizado en el marco de una acción en legítima defensa. Los efectos de las armas químicas y las armas biológicas son inaceptables y contrarios al Derecho Internacional Humanitario. Nadie pone en duda que son armas ilegales y que ningún país puede utilizarlas, independientemente de que haya ratificado o no los tratados que las prohíben. Es necesario que empecemos a ver las armas nucleares como armas que están al mismo nivel que las biológicas y las químicas, porque, de hecho, lo están. Las armas nucleares son las armas de destrucción masiva con mayor potencial destructivo y esto debería ser suficiente para considerarlas también ilegales. Es posible que uno de los puntos clave para el avance hacia un mundo sin armas nucleares sea precisamente el incumplimiento de la obligación de desarme por parte de los Estados nucleares, para lo que el Caso de las Islas Marshall ha sido el primer paso. Han pasado más de siete décadas desde el uso de armas nucleares. Más de setenta años tras los que nueve Estados nucleares siguen poniendo en riesgo la supervivencia de la humanidad por medio de la posesión y la amenaza de uso de unas armas cuya legalidad es, cuanto menos, cuestionable en base al Derecho Internacional. Mientras esos países sigan teniendo estas armas, seguirá existiendo el riesgo de que las utilicen. Por ello, debemos seguir luchando para su total destrucción si es que queremos que la humanidad tenga un futuro.

7. Bibliografía

Legislación

Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra de 1868.

Convenciones de La Haya de 1899 y 1907.

Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925.

Carta de las Naciones Unidas de 1945.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945.

Convenios de Ginebra de 1949.

Protocolo N° III sobre control de armamentos del Tratado de Bruselas, enmendado por el protocolo que modifica y completa el Tratado de Bruselas, de 1954.

Tratado de No Proliferación Nuclear de 1968.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972.

Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su destrucción de 1972.

Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977.

Declaración de Río sobre el Medioambiente y el desarrollo de 1992.

Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado de 1993.

Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su destrucción de 1993.

Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares de 1996.

Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción de 1997.

Convención sobre Municiones de Racimo de 2008.

Plan de Acción Conjunto y Completo, firmado entre Irán, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas más Alemania y la Unión Europea en 2015.

Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares de 2017.

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia, “Caso del canal de Corfú” (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte v. Albania), sentencia de 15 de diciembre de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, p. 244.

Corte Internacional de Justicia, “Sahara Occidental”, Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, *I.C.J. Reports 1975*, p. 12.

Corte Internacional de Justicia, “Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares”, Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

Corte Internacional de Justicia, “Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear” (Islas Marshall v. India), sentencia de 5 de octubre de 2016, *I.C.J. Reports 2016*, p. 255.

Corte Internacional de Justicia, “Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear” (Islas Marshall v. Pakistán), sentencia de 5 de octubre de 2016, *I.C.J. Reports 2016*, p. 552.

Corte Internacional de Justicia, “Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear” (Islas Marshall v. Reino Unido), sentencia de 5 de octubre de 2016, *I.C.J. Reports 2016*, p. 833.

Resoluciones y otras publicaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

Resolución 1653(XVI) de la Asamblea General “Declaración sobre la prohibición del uso de las armas nucleares y termonucleares” A/RES/1653(XVI), de 24 de noviembre de 1961.

Resolución 49/75 K de la Asamblea General “Desarme general y completo” A/RES/49/75 K, de 9 de enero de 1995.

Resolución 67/56 de la Asamblea General “Promoción de las negociaciones multilaterales de desarme nuclear” A/RES/67/56, de 3 de diciembre de 2012.

Resolución 70/33 de la Asamblea General “Avances de las negociaciones multilaterales de desarme Nuclear” A/RES/70/33, de 7 de diciembre de 2015.

Resolución 71/258 de la Asamblea General “Avances de las negociaciones multilaterales de desarme nuclear” A/RES/71/258, de 23 de diciembre de 2016.

Documento 73/159 de la Asamblea General “Grupo preparatorio de expertos de alto nivel sobre un tratado de prohibición de la producción de material fisible” A/73/159, de 13 de julio de 2018.

Doctrina

Abello, Ricardo (2013). *Introduction to the International Court of Justice: ICJ*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Acheson, Ray (2017). “Lived experience and the nuclear ban”. *Nuclear Ban Daily*, 2(2).

Andrés Sáenz de Santa María, Paz (2014). *Sistema de Derecho internacional público*. Pamplona: Aranzadi.

Aust, Anthony (2010). “Advisory opinions”. *Journal of International Dispute Settlement*, 1, pp. 123-151.

Beenes, Maaïke (2018). “The Non-Proliferation Treaty & the gendered impacts of nuclear weapons”. Disponible en <https://nonukes.nl/the-non-proliferation-treaty-the-gendered-impacts-of-nuclear-weapons/>

Belton, Pádraig (2019). Can the Ban Treaty eliminate the threat of nuclear war? The clock is ticking down. Disponible en <https://www.pri.org/stories/2019-03-14/can-ban-treaty-eliminate-threat-nuclear-war-clock-ticking-down>

- Blagden, Patrick *et al.* (1996). *Anti-personnel landmines- friend or foe? A study of the military use and effectiveness of anti-personnel mines*. Ginebra. Informe encargado por el CICR. Disponible en https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0654.pdf
- Brown Weiss, Edith (2011). "The evolution of International environmental law". *Japanese Yearbook of International Law*, 54, pp. 1-27.
- Burroughs, John (2016). "Looking back: The 1996 Advisory Opinion of the International Court of Justice". *Arms control today*, 46(6), pp. 32-36.
- Carlson, John (2019). Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty: Possible measures to bring the provisions of the Treaty into force and strengthen the norm against nuclear testing. Disponible en <https://vcdnp.org/wp-content/uploads/2019/04/CTBT-John-Carlson-Paper.pdf>
- Cartagena Núñez, Ignacio (2017). "El valor de un título: el Tratado de Prohibición del Arma Nuclear y su impacto en el régimen de no proliferación". *Boletín ieee*, 7, pp. 889-902.
- Casanovas, Oriol y Rodrigo, Ángel J. (2014). *Compendio de Derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- Cassese, Antonio (2000). "The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?". *European Journal of International Law*, 11(1), pp. 187-216.
- Cervell Hortal, María José (2018). "El Tratado para la prohibición de las armas nucleares (2017): ¿utopía o realismo?". *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, pp. 421-441.
- Chetail, Vincent (2003). "The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law". *International Review of the Red Cross*, 85(850), pp. 235-269.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (2013). "Efectos de las armas nucleares en la salud humana". Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/2013/4132-1-nuclear-weapons-human-health-2013.pdf>
- Doswald-Beck, Louise (1997). "International humanitarian law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons". *International Review of the Red Cross*, 37(316), pp. 35-55.
- Dromina-Voloc, Nataliia (2015). "Imperativization of International Law: Jus cogens concept in jurisprudence". *European Political and law discourse*, 2(1), pp. 31-39.
- Eaves, Elisabeth (2018). Beatrice Fihn explains why nuclear weapons are a scam. Disponible en <https://thebulletin.org/2018/07/beatrice-fihn-explains-why-nuclear-weapons-are-a-scam/>
- Egeland, Kjølvi (2018). "Banning the bomb: inconsequential posturing or meaningful stigmatization?". *Global governance*, 24, pp. 11-20.
- Egeland, Kjølvi *et al.* (2018). "The nuclear weapons ban treaty and the non-proliferation regime". *Medicine, conflict and survival*, 34(2), pp. 74-94.
- Espósito, Carlos (2011). "El discreto ejercicio de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Kosovo". *Revista Española de Derecho Internacional*, 63(1), pp. 125-147.
- Finaud, Marc (2017). "Humanitarian disarmament: powerful new paradigm or naive utopia?". *GCSP Geneva Paper*, 34, pp. 1-56.

- Finaud, Marc (2018). The Conference on Disarmament Agrees to Start Working: a Wake-up Call for 'Sleeping Beauty'? Disponible en <https://www.gcsp.ch/global-insight/conference-disarmament-agrees-start-working-wake-call-sleeping-beauty>
- Gibbons, Rebecca (2019). "The Future of the Nuclear Order". *Arms Control Today*, 49(3), pp. 12-16.
- Hamel-Green, Michael (2018). "The Nuclear Ban Treaty and 2018 Disarmament Forums: an initial impact assessment". *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, 1(2), pp. 436-463.
- Heller, Kevin Jon (2018). "Specially-affected states and the formation of custom". *American Journal of International Law*, 112(2), pp. 191-243.
- Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise (2007). *El Derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Buenos Aires: CICR.
- Heverin, Timothy J. (2014). "Legality of the threat or use of nuclear weapons: environmental and humanitarian limits on self-defense". *Notre Dame Law Review*, 72(4), pp. 1277-1308.
- ICAN y PAX (2018). Don't Bank on the Bomb. Disponible en https://www.dontbankonthebomb.com/wp-content/uploads/2018/03/2018_Report.pdf
- Johnson, Rebecca (2006). "Is it time to consider provisional application of the CTBT?". *Disarmament forum*, 2, pp. 29-37.
- Kurosawa, Mitsuru (2018). "The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Its significance and challenges". *Osaka University Law Review*, 65, pp. 1-24.
- Meron, Theodor (2000). "The Martens clause, principles of humanity and dictates of public conscience". *The American Journal of International Law*, 94(1), pp. 78-89.
- Minagawa, Takeshi (1979). "The principle of domestic jurisdiction and the International Court of Justice". *Hitotsubashi journal of law and politics*, 8, pp. 9-27.
- Moussa, Jasmine (2008). "Can *Jus ad bellum* override *Jus in bello*? Reaffirming the separation of the two bodies of law". *International Review of the Red Cross*, 90(872), pp. 963-990.
- Moxley, Charles J. Jr. (2001). "The unlawfulness of the use or threat of use of nuclear weapons". *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 8, pp. 447-472.
- Moxley, Charles J. Jr; Burroughs, John y Granoff, Jonathan (2011). "Nuclear weapons and compliance with International humanitarian law and the Nuclear Non-Proliferation Treaty". *Fordham International Law Journal*, 34(4), pp. 595-696.
- Myre, Greg (2017). Giving up nuclear weapons: it's rare, but it's happened. Disponible en <https://www.npr.org/sections/parallels/2017/05/08/526078459/giving-up-nuclear-weapons-its-rare-but-its-happened?t=1558694854825>
- Nieto-Navia, Rafael (2003). "International peremptory norms (*Jus cogens*) and international humanitarian law" en Lal Chand Vohrah (ed.). *Man's inhumanity to man: essays on International law in honour of Antonio Cassese*. La Haya: Kluwer Law International.
- Nuclear Threat Initiative (2018). Proposed fissile material (cut-off) treaty (FMCT). Disponible en <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/proposed-fissile-material-cut-off-treaty/>
- Nystuen, Gro, Casey-Maslen, Stuart y Golden Bersagel, Annie (eds.) (2015). *Nuclear Weapons under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Organization for the Prohibition of Chemical Weapons (2016). Origins of the Chemical Weapons Convention and the OPCW. Disponible en https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/Fact_Sheets/Fact_Sheet_1_-_History.pdf
- Pedersen, Nina Sofie (2016). "Implications of the Marshall Islands Case for nuclear disarmament". Disponible en <http://www.basicint.org/news/2016/implications-marshall-islands-case-nuclear-disarmament>
- Petrova, Margarita H. (2018). "Weapons prohibitions through immanent critique: NGOs as emancipatory and (de)securitising actors in security governance". *Review of International Studies*, 44(4), pp. 619-653.
- Ploughshares Fund (2019). World Nuclear Weapon Stockpile. Disponible en <https://www.ploughshares.org/world-nuclear-stockpile-report>
- Quéguiner, Jean-François (2016). "The principle of distinction: beyond an obligation of customary international humanitarian law" en Howard M. Hensel (ed.) *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate: Hampshire.
- Rietiker, Daniel y Mohr, Manfred (2018). Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: a short commentary article by article. Disponible en https://www.ialana.info/wp-content/uploads/2018/04/Ban-Treaty-Commentary_April-2018.pdf
- Rosenne, Shabtai (1965). *Law and Practice of the International Court of Justice*. Leiden: A.W. Sijthoff.
- Ruzicka, Jan (2018). "The next great hope: the humanitarian approach to nuclear weapons". *Journal of International Political Theory*, pp. 1-15.
- Smis, Stefaan y Van der Borght, Kim (1998). "The Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons". *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 27, pp. 345-387.
- Stadler, Bernadette y Claeys, Suzanne (2018). Bad idea: Ignoring the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. Disponible en <https://defense360.csis.org/bad-idea-ignoring-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/>
- Stewart, David (2014). "International decisions". *The American Journal of International Law*, 111(2), pp. 439-446.
- Teraoka, Tomonori (2017). "A Court as the process of signification: legal semiotics of the International Court of Justice Advisory Opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons". *International Journal for the Semiotics of Law*, 30(1), pp. 115-127.
- Thakur, Ramesh (2017). "The Nuclear Ban Treaty: Recasting a Normative Framework for Disarmament.". *The Washington Quarterly*, 40(4), pp. 71-95.
- Ticehurst, Rupert (1997). "The Martens Clause and the laws of armed conflict". *International Review of the Red Cross Archive*, 37(317), pp. 125-134.
- USLegal (2019). Nuclear Weapons Law and Legal Definition. Disponible en <https://definitions.uslegal.com/n/nuclear-weapon/>

Verdross, Alfred (1968). "The plea of domestic jurisdiction before an International tribunal and a political organ of the United Nations". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, pp. 36-37.

Otras referencias

Declaración conjunta de los cinco Estados nucleares del TNP de 15 de septiembre de 2016.

Disponible en <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2016/09/261993.htm>

Declaración conjunta sobre el TPCEN de los ministros de exteriores de Australia, Canadá, Finlandia, Alemania, Japón y Países Bajos, de 26 de septiembre de 2014. Disponible en

https://www.ctbto.org/fileadmin/user_upload/statements/2014_ministerial_meeting/2014_joint_ministerial_statement_final.pdf

Organización Mundial de la Salud (1993). 46ª Asamblea Mundial de la Salud, punto 33 del orden del día: Efectos de las Armas Nucleares en la Salud y el Medio Ambiente.