

LAS ARMAS NUCLEARES Y EL DERECHO INTERNACIONAL
(A PROPÓSITO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL T.I.J. DE
8 DE JULIO DE 1996)

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL*

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Dos peticiones al Tribunal Internacional de Justicia: historia de un rechazo y una admisión: 2.1.- La solicitud de la Organización Mundial de la Salud; 2.2.- La solicitud de la Asamblea General de Naciones Unidas. III.- La opinión de 8 de julio de 1996: 3.1.- Las armas nucleares y la Carta de Naciones Unidas; 3.2.- Tratados relativos a armas nucleares; 3.3.- Las armas nucleares y el Derecho Internacional Humanitario. IV.- Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en agosto de 1945 dos bombas atómicas fueran arrojadas sobre las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki, las armas nucleares han constituido una amenaza constante para la Humanidad, y su regulación y control, una preocupación continua para políticos y juristas.

En 1996, la Corte Internacional de Justicia recibía dos peticiones de Opinión Consultiva por parte de dos organismos distintos: la Organización Mundial de la Salud y la Asamblea General de Naciones Unidas. El asunto era en ambas el mismo: la legalidad de las armas nucleares. La Corte Internacional de Justicia, por razones que analizaré más adelante, sólo contestó a la petición de la Asamblea General.

Parecía que con la intervención de este alto Tribunal se acabarían las polémicas sobre legalidad o ilegalidad del arma nuclear que durante décadas habían ocupado a la doctrina. Pero... ¿fue realmente así?

Las armas nucleares ocuparon un papel protagonista en el periodo conocido como Guerra Fría. Tras la Segunda Guerra Mundial las diferencias entre los dos grandes bloques —comunista y capitalista— se habían acentuado y cada uno emprendió por separado una rápida carrera de armamentos. Y el arma nuclear se

(*) María José Cervell Hortal, Licenciada en Derecho. Actualmente se encuentra realizando la Tesina de Licenciatura, sobre el tema objeto del presente trabajo.

convirtió así en el instrumento más poderoso, debido a su inmenso poder destructivo. Poseer el arma nuclear más avanzada equivalía a poseer el control sobre el mundo.

En los primeros años fue Estados Unidos quien se situó a la cabeza de esta *competición*, pero ya en 1949 la Unión Soviética hizo estallar su primera bomba A. Y tras la bomba A vendría la bomba H, con una potencia increíblemente superior¹.

Durante toda esta etapa histórica se vivió lo que se ha denominado *equilibrio de terror*. Bajo un clima de aparente estabilidad existían grandes tensiones. Nadie osaba ser el primero en lanzar una bomba atómica, porque esto podía conducir al suicidio del hombre. De hecho, para algunos autores, fue este temor la razón por la que no hubo ningún desastre nuclear a lo largo de esos años².

Los grandes cambios comienzan a finales de la década de los ochenta. Cae el muro de Berlín en 1990; la URSS, gobernada por Gorbachov, se abre al resto del mundo, se desmembra en Estados independientes. (...). Todo este clima se deja sentir también en la esfera nuclear. En 1987 tiene lugar el primer Acuerdo real de desarme nuclear: *El Tratado sobre la Eliminación de los Misiles de Alcance Intermedio y de Menor Alcance*³. Pero también comienzan los robos nucleares y se implantan nuevos peligros: Los conflictos entre las minorías se convierten en uno de los problemas más acuciantes de los últimos años y se teme que no sean muy reacias a emplear armas nucleares para resolver sus contiendas.

Ciertamente, han sido Estados Unidos y la Unión Soviética quienes han liderado el movimiento nuclear, pero también otros países han aportado su granito de arena. El *Tratado de No Proliferación* de 1968 califica como *nucleares*⁴ a aquellos Estados que hayan hecho fabricar o explotar un arma nuclear antes del 1 de enero de 1967, a saber: Estados Unidos, Unión Soviética, Francia, Reino Unido y China. Pero además existen los llamados *Estados umbral*, que poseen una tecnología nuclear avanzada, si bien desarrollada después del 1 de enero de 1967, lista que incluiría a Argentina, Brasil, India, Pakistán, Israel, Irán, Libia e Iraq.⁵ No estará de más recordar que el 11 de mayo de 1998 la India realizó tres ensayos nucleares y días después dos más; Pakistán, alguna semana después, hizo lo propio.

España fue considerada Estado umbral hasta 1987, fecha en que se adhirió al Tratado de No Proliferación. En temas nucleares, el Gobierno español mantiene una actitud de reserva, sin querer implicarse demasiado. Pese a ello, algunos creen los

1 Estados Unidos la fabricó en 1952. La Unión Soviética no se hizo esperar sino un año para hacer otro tanto.

2 Así, James R. SCHLESINGER en «The impact of Nuclear Weapons on History», p. 21 y Godfried VAN BENTHEM VAN DEN BERGH en «The Nuclear Revolution into its Second Phase», p. 27, en *Nuclear Rivalry and international order*, Oslo, 1996.

3 Texto en *ILM*, XXVII, 1988, n° 1, pp. 84 ss.

4 Artículo XI.3. (B.O.E., 31 de diciembre de 1987).

5 Iraq, la India y el Pakistán, a la vista de los últimos acontecimientos, son los países que pueden suponer una mayor amenaza.

contrario, y hablan de una *nuclearización subalterna*, en cuanto se acepta tácitamente el uso de nuestro territorio como elemento de la infraestructura nuclear estadounidense e, incluso, de una *nuclearización autóctona*, pues hay sospechas de que nuestro país ha desarrollado armas nucleares tácticas⁶.

II. DOS PETICIONES AL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA: HISTORIA DE UN RECHAZO Y UNA ADMISIÓN

Tras los grandes cambios acaecidos a finales de la década de los ochenta, se puede considerar, al menos aparentemente, que el arma nuclear no es ya una amenaza tan próxima. Pero, si bien es cierto que son muchos los avances producidos en el control de este tipo de armas, no lo es menos que aún es pronto para desterrar definitivamente la preocupación que pueden suscitar. Los Estados nucleares siguen poseyendo, a pesar de todas las conversaciones y acuerdos, unos arsenales nucleares que podrían arrasarse el planeta en menos tiempo del imaginable y, junto a todo ello, no debe menospreciarse la potencia nuclear de los Estados umbral.

Las armas nucleares siguen siendo, por lo tanto, motivo de preocupación y esta idea se plasma claramente en el hecho de que el Tribunal Internacional de Justicia emitiera en la misma fecha, 8 de julio de 1996, y a instancia de la Organización Mundial de la Salud y de la Asamblea General de Naciones Unidas, sendas opiniones consultivas sobre la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares. Es una prueba tajante de que la cuestión nuclear no está aún resuelta.

En mayo de 1992, diversas ONGs emprendieron en Ginebra una campaña internacional referida a las armas nucleares, denominada *World Court Project*. Sus impulsores fueron, en un principio, la Oficina Internacional de la Paz de Ginebra (IPP), la Asociación de Médicos por la Prevención de la Guerra Nuclear (IPPNW) y la Asociación Internacional de Juristas contra las Armas Nucleares (IALANA). Posteriormente se sumaron muchas otras, entre ellas, Greenpeace.

Estas presiones dieron su fruto y dos peticiones de Opinión Consultiva se elevaron al Tribunal Internacional de Justicia, por la Asamblea General de Naciones Unidas de un lado y por la OMS del otro.

2.1. LA SOLICITUD DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

La OMS decidió por Resolución 46/40, de 14 de mayo de 1993, solicitar al Tribunal Internacional de Justicia una Opinión Consultiva acerca de la cuestión siguiente: «*A la vista de los efectos de las armas nucleares sobre la salud y el medio ambiente, ¿constituiría su utilización por un Estado en una guerra u otro conflicto*

⁶ GRASSA, R. y LEMKOV, L.: «La inserción de España en el dispositivo Atlántico», *Europa en Paz. VIII Convención Europea por el Desarme Nuclear*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 229-232.

armado una violación de sus obligaciones según el Derecho Internacional, incluida la Constitución de la OMS?»⁷.

La OMS se apoyaba para formular su pregunta, en el artículo 96.2 de la Carta de Naciones Unidas, en el artículo 76 de la Constitución de la OMS y en el Artículo X del Acuerdo entre Naciones Unidas y la OMS, de 1948. La Corte Internacional de Justicia reconoce el derecho de la OMS, como organismo especializado y autorizado por Naciones Unidas, a solicitar del Tribunal Internacional de Justicia este tipo de Opinión, pero negó su competencia para hacerlo en este caso concreto, alegando que la pregunta se refiere «no a los efectos del uso de armas nucleares sobre la salud, sino a la legalidad del uso de tales armas a la vista de sus efectos sobre la salud y el medio ambiente». De esta manera, en la parte dispositiva, por 11 votos contra 3, la Corte Internacional de Justicia no se considera capaz de dar la Opinión solicitada⁸. En efecto, la OMS, de acuerdo con el artículo 1 de su Constitución⁹ tiene como objetivo la consecución para todos los pueblos del mayor grado posible de salud. Sus funciones han de restringirse, por lo tanto, al campo de la salud pública, estándole vetadas cuestiones como el uso de la fuerza, control de armamentos y desarme. Esta idea fue la esgrimida por varios países que consideraban que la OMS no tenía competencia¹⁰. La OMS, por otro lado, consciente de que su pregunta podía ser rechazada, se había cuidado de hacer aparecer expresamente en la misma, al preguntar si las armas nucleares violan el Derecho Internacional, la coletilla: «*incluida la Constitución de la OMS*». Pero de nada le sirvió, pues el Tribunal contestó que la OMS no puede buscar una Opinión sobre la interpretación de su Constitución con relación a materias fuera del ámbito de sus funciones¹¹.

El Tribunal Internacional de Justicia se negó así a responder, lo cual resulta ciertamente innovador si analizamos la historia de la jurisdicción consultiva. El único precedente de rechazo a fallar una Opinión tuvo lugar en 1923¹², en el *asunto sobre el Estatuto de Carelia Oriental*, si bien es verdad que, como el propio Tribunal ha

7 Un interesante análisis de la cuestión puede verse en el comentario que BEKKER, P. hace a esta Opinión Consultiva en *AJIL*, 91, (1997), n.º 1, pp. 134-138. Destacan también los estudios de LANFRANCHI, M.P. y CHRISTAKIS, T.: *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour Internationale de Justice*, Economica, París, 1997, pp. 24-36 y de MÁRQUEZ CARRASCO, M.C.: *IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario. La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla, 1997, pp. 293 ss. (esta obra recoge las opiniones de 19 especialistas respecto a las armas nucleares en general y al Dictamen de 1996 en particular).

8 Opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares en caso de conflicto armado, *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafo 32.

9 Véase texto *BOE* de 15 mayo 1973 (también en JUSTE RUIZ, J. y BERMEJO GARCÍA, R.: *Organizaciones internacionales universales del sistema de las Naciones Unidas. Convenios constitutivos*, Madrid, Tecnos, 1993, 257 ss.).

10 Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Rusia y Reino Unido.

11 Opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares en caso de conflicto armado, *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafo 28.

12 Opinión Consultiva sobre el Estatuto de Carelia Oriental, *T.P.J.I. Recueil. 1923*, de 23 de julio de 1923, Serie B, n.º 5.

reconocido las circunstancias de este caso fueron bastante especiales, en cuanto uno de los Estados parte en la controversia (Unión Soviética) no era parte del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional ni miembro de la Sociedad de Naciones¹³.

Ha existido así un reconocimiento de la falta de competencia del Tribunal Internacional de Justicia ante la solicitud de la OMS y, como el profesor QUENEUDEC afirma, estamos no sólo ante un *avis negatif*, sino ante un verdadero *non avis*¹⁴. Esta decisión ha despertado comentarios de todo tipo. Hay quien, por ejemplo, se muestra de acuerdo con la decisión de la Corte de no conocer, considerando que, de otra manera, la OMS podría empezar a actuar en temas que también dañan de algún modo la salud, como inicio de guerras, industrias contaminantes,... y así podría entrometerse en casi todos los campos; asimismo, reconocer su competencia en el asunto hubiera sido un precedente peligroso, susceptible de originar una avalancha de actuaciones de organizaciones similares que no están muy capacitadas para ello¹⁵.

2.2. LA SOLICITUD DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS

La resolución 48/75 K de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1994¹⁶, elevaba a la Corte Internacional de Justicia la siguiente pregunta: «¿Autoriza el Derecho Internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?».

La Corte sí aceptó esta vez la pregunta, considerando que la misma «se relaciona en muchos sentidos con el cometido e intereses de la Asamblea General, incluidos los que se refieren a la amenaza o al empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, el proceso de desarme y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional»¹⁷.

13 Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafo 14.

14 QUENEUDEC, J.P.: «E.T. à la C.I.J.: méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs». *Revue General de Droit International Public*, 1996, 4º, pp. 907-914, (en p. 908).

15 MATHESON, M.J.: «The opinions of the ICJ on the threat or use of nuclear weapons». *American Journal of International Law*, 91, (1997), nº. 3, pp. 417-435, (en pp. 419-420). PONS RAFOLS, X., sin embargo, considera que la OMS era competente para solicitarla: Introducción a la *Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Servicio de Documentación y Difusión de la Asociación para las Naciones Unidas en España, Barcelona, 1997, pp. 5-18 (en p. 7).

16 La Resolución obtuvo 78 votos a favor, 43 en contra y 38 abstenciones. No hubo ningún país occidental, excepto Nueva Zelanda y San Marino, que votara a favor de la misma. El texto de la Resolución puede ser consultado en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafo 1.

17 Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafo 12.

A continuación, la Corte examina distintos argumentos de los Estados reacios a que conociera. De esta manera, considera que la cuestión es jurídica, en cuanto se pregunta sobre la competencia de las armas nucleares con el Derecho Internacional y que, por lo tanto, está en su pleno derecho de conocer. Otra cosa es que, como reconoce en el párrafo 13, tenga también aspectos políticos. Lo que está claro es que actualmente lo político y lo jurídico aparecen fuertemente interrelacionados y, mientras la Corte Internacional de Justicia se limite a los aspectos estrictamente jurídicos, su competencia es evidente, pues de otro modo su campo de actuación se vería drásticamente reducido. De hecho, ha sido el propio Tribunal quien en numerosas ocasiones ha reafirmado la interpretación amplia y abierta que debe hacerse del concepto *cuestión jurídica* (así lo establece, por ejemplo, en el asunto sobre el Sahara Occidental¹⁸).

El Tribunal se mostró contundente a la hora de defender su capacidad de responder a la Asamblea General. Los jueces así lo reconocieron, con una sola excepción: el juez ODA, que votó en contra en esta cuestión. Lo curioso es que el juez es de nacionalidad japonesa, única nación que ha sufrido de lleno las armas nucleares. ODA considera que la Corte «...debería haber ejercido su poder discrecional para abstenerse de dar una respuesta a la Opinión Consultiva de la Asamblea General de Naciones Unidas...»¹⁹. Opina que la pregunta era inadecuada para una opinión Consultiva, que obedecía a motivos puramente políticos y que, proporcionando el Tratado de No Proliferación y los Tratados sobre Zonas Libres de Armas Nucleares bastante seguridad, no había necesidad de hacer la pregunta. Expresa igualmente el temor de que, con este asunto, se haya abierto una puerta para que cuestiones de naturaleza intelectual, académica o general sean estudiadas por la Corte, que podría así dedicarse menos a ejercitar la función judicial, que es la que le corresponde²⁰.

III. LA OPINIÓN DE 8 DE JULIO DE 1996

La Opinión de 8 de julio de 1996 ha sido una de las más polémicas que se recuerdan en la historia de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia y, sin pretender jugar a los adivinos, seguirá dando mucho que hablar en los próximos años. No en vano todos los jueces adjuntaron opiniones disidentes o separadas. La Corte establece que «no existe en Derecho Internacional ni en el Derecho de los Tratados *ninguna autorización* concreta para recurrir a la amenaza o al empleo de

18 *CIJ Recueil 1975*, p. 20. Para un mayor estudio de qué entender por *cuestión jurídica*, puede consultarse: ESPÓSITO, C.: *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 81-86; HINOJO ROJAS, M.: *A propósito de la jurisdicción consultiva de la C.I.J.*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1997, pp. 85 y 89.

19 Opinión disidente del juez Oda, en *ILM*, XXXV, 1996, n.º. 4, p. 844.

20 Opinión disidente del juez Oda, en *ILM*, XXXV, 1996, n.º. 4, p. 860 (párrafo 53).

las armas nucleares» (párrafo 105.2.A); en el párrafo siguiente afirma que, de igual manera «no existe *ninguna prohibición* general ni universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales»; asimismo, el Tribunal estima que la amenaza o empleo sería «generalmente contrario a las normas de Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente, los principios y normas del Derecho Humanitario», pero inmediatamente después apostilla que «*no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado*»²¹.

Este último párrafo es, sin duda, el más discutido. Fue aprobado por el voto de calidad del Presidente BEDJAOUI, ya que se había dado entre los magistrados un empate de 7 votos a favor y 7 votos en contra.

Las controversias se adivinan ya desde la propia pregunta. Tal y como aparece formulada (recordemos: «*¿Autoriza el Derecho Internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?*»), parece que la respuesta que se perseguía era claramente un no.

Por eso han sido muchos quienes han defendido que en vez de emplear la palabra *autoriza*, la Asamblea General debería haber usado *prohibe*²². La Corte parece querer alejarse de estas disquisiciones y afirma que este debate no tiene «especial importancia para el examen de las cuestiones que la Corte tiene ante sí»²³.

Pero si la Corte Internacional de Justicia lo tuvo así de claro, no ocurrió lo mismo con algunos jueces. El juez ODA se cuestiona si, formulada así, la pregunta cae dentro de una Opinión Consultiva tal y como las establece el artículo 96.1 de la Carta de Naciones Unidas. Nunca hasta ahora una simple confirmación de lo que la Asamblea General cree ser un axioma legal se ha pedido a través del cauce consultivo²⁴. Algo similar recoge el juez RANJEVA, para quien esta es la primera vez que la pregunta no se conecta con una controversia internacional o con una interpretación de una norma²⁵.

21 Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares. *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafo 105.2.E. (las cursivas son mías).

22 Por ejemplo, GREENWOOD, C. cree que la pregunta está mal planteada, porque el emplear *permite* indujo a algunos países a deducir que las armas nucleares son lícitas en ausencia de norma permisiva en contrario. «Opinión Consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º. 139, 1997, pp. 69-80 (en pp. 69-71).

23 Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, *C.I.J. Recueil 1996*, párrafo 22.

24 Opinión disidente del juez Oda, en *ILM*, XXXV, 1996, n.º. 4, p. 844 (párrafo 3).

25 Opinión separada del juez Ranjeva, en *ILM*, XXXV, 1996, n.º. 6, p. 1.355.

El contenido fundamental de la Opinión es el *Derecho aplicable* a la cuestión de las armas nucleares y su posible interpretación. Para el Tribunal Internacional de Justicia, son normas aplicables más pertinentes²⁶:

- Las relativas al uso de la fuerza contenidas en la Carta.
- El derecho aplicable a los conflictos armados.
- Tratados en materia de armas nucleares

3.1. LAS ARMAS NUCLEARES Y LA CARTA DE NACIONES UNIDAS

La Carta de Naciones Unidas prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (artículo 2.4). Esta idea preside la filosofía de Naciones Unidas, admitiendo tan sólo dos excepciones: la del artículo 51, que recoge el uso de la fuerza en legítima defensa y la del artículo 42, que permite al Consejo de Seguridad ejercer las acciones necesarias para mantener o restablecer la paz.

Encontrar una respuesta clara a la legalidad de las armas nucleares en la Carta resulta algo complicado, pues ninguno de los artículos mencionados se refiere a un tipo de armas concretas. Además, la Carta acababa de ser *estrenada* cuando las bombas atómicas cayeron sobre Hiroshima y Nagasaki.

Lo que importa, en suma, quizás no sea tanto el arma, sino cómo se emplea. ¿Qué ocurre, por tanto, con la excepción de *legítima defensa*? No cabe duda de que este derecho, sobre cuya existencia no hay discusión posible, puede utilizarse en caso de sufrir un ataque ilegítimo por parte de algún Estado. Pero, obviamente, no es lo mismo responder con un bombardeo aéreo convencional, por ejemplo, que con un arma nuclear. ¿Sigue siendo lícito en este caso el ejercicio de la legítima defensa? Este es uno de los puntos más discutidos en la Opinión y la respuesta del párrafo 105.2.E no ha resultado ser muy satisfactoria por su ambigüedad.

La Corte sí reconoce en los párrafos 40 y siguientes que, con todo, la legítima defensa se somete a dos condiciones inexcusables: necesidad y proporcionalidad²⁷. Los dos requisitos tienen carácter consuetudinario y han sido reafirmados por el Tribunal Internacional de Justicia. Parece deducirse, pues, que si el Estado atacado se defendiera con armas nucleares, lo cierto es que debería acatar las condiciones de

²⁶ Opinión Consultiva. Asunto sobre la legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares, *C.I.J. Recueil*. 1996, párrafo 34.

²⁷ Para un estudio más profundo de estos dos requisitos, puede verse: GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada. (La conformación del hecho ilícito internacional)», *Cursos de Vitoria-Gasteiz*, 1989, pp. 183-310 (en pp. 275-277); *id.*: «Algunas reflexiones en torno a la legítima defensa.» *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, 1989, pp. 289-309 (en pp. 301-303); BERMEJO GARCÍA, R.: *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 200-207 y ORTEGA CARCELÉN, M.: *La legítima defensa del territorio del estado. Requisitos para su ejercicio*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 18-28, 46-80, 101-137.

necesidad y proporcionalidad. Y la proporcionalidad sería difícil de cumplir a no ser que el país atacante hubiera empleado a su vez armas nucleares²⁸, o, por citar problemas de hoy, hubiera sido atacado, en palabras del Sr. COOK, Ministro de Asuntos Exteriores del Reino Unido, con armas de destrucción en masa; el Sr. COOK parece advertir que un ataque iraquí con armas químicas o bacteriológicas a las fuerzas británicas o estadounidenses en caso de ataque a Iraq podría provocar una respuesta nuclear²⁹. A partir de aquí nos encontraríamos ante una cadena sin fin, ante un peligro real de escalada nuclear donde no habría vencedores, sino solamente vencidos.

Las afirmaciones que sobre legítima defensa estableció el Tribunal Internacional de Justicia resultan, sin embargo, oscurecidas en la parte dispositiva, en uno de los párrafos que más dudas han suscitado a la doctrina. En el párrafo 105.2.E, el Tribunal parece dejar una puerta abierta al empleo de armas nucleares, cuando dice que *«no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería ilícito o lícito en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia del Estado»*.

De hecho ha sido muy generalizada la opinión de que nos encontramos ante un *non liquet* del Tribunal, aunque se considera que estaba realmente en condiciones de responder, y que quizás fueran motivos políticos los que finalmente hicieron que dejara abierto este pequeño resquicio. Sí, dice el Tribunal, las armas nucleares son generalmente contrarias al Derecho Internacional, pero (...). Parece incluso que la Corte se aproxima aquí peligrosamente a la doctrina de *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*³⁰; esto es, que en circunstancias de peligro extremo se pueden dejar de aplicar las normas de Derecho Humanitario para hacer frente a la amenaza (doctrina que rechazó el Tribunal de Nuremberg).

Además, ¿qué quiere decir el Tribunal con *«supervivencia del Estado»*? Nada nos lo aclara. Repárese, incluso, que es posible considerar que la supervivencia misma de un Estado puede verse amenazada, no sólo por un *ataque nuclear* enemigo, sino asimismo por un ataque colosal y devastador llevado a cabo con armas no nucleares.

Las voces críticas se han dado incluso entre los propios jueces de la Corte. El juez WEERAMANTRY, que abogó claramente por la ilicitud de las armas nucleares, considera que una cosa es el uso de la fuerza en legítima defensa que, sin duda, es un derecho, y otra es el uso de *armas nucleares* en legítima defensa³¹. El juez KOROMA llega incluso a afirmar que la Corte ha inventado, en el párrafo 105.2.E una nueva categoría denominada la *supervivencia de un Estado*, sobrepasando así sus funciones, entre las que no figura la legislativa. Por el contrario, los jueces

28 En esta línea de pensamiento: SINGH, N. y McWHINNEY, E.: *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989, p.100 y MARÍN LÓPEZ, A.: *El desarme nuclear*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1974, p. 31.

29 En prensa: ABC, 4 febrero 1998. De hecho, un submarino nuclear británico se desplazó a la zona del Golfo Pérsico.

30 Opinión disidente del juez Weeramantry, en *ILM*, XXXV, 1996, n.º. 4, pp. 920-921.

31 Opinión disidente del juez Weeramantry, *íd.*, p. 909.

FLEISCHHAUER y GUILLAUME creen que negar el recurso a las armas nucleares en un caso de legítima defensa no sería ilícito, si éste es el último recurso del que dispone la víctima³².

3.2. TRATADOS RELATIVOS A ARMAS NUCLEARES

El Derecho Internacional ha sido siempre consciente del peligro añadido que representan ciertos tipos de armas que, por su propia naturaleza, acarrearán unos efectos más destructivos. Por esta razón, han sido muchos los instrumentos legales encaminados a restringirlas o prohibirlas. Dos de los casos más recientes y representativos son la *Convención para la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas biológicas y sobre su destrucción*, de 10 de abril de 1972 y la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y empleo de armas químicas*, de 13 de enero de 1993³³. Desgraciadamente, no existe ningún Convenio similar aplicable a las armas nucleares. Así lo constata la Corte, que afirma que en el Derecho Internacional consuetudinario y convencional «no existe ninguna prohibición general ni universal a favor de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales»³⁴. ¿Razones?: quizás motivos políticos, pues el arma nuclear es aún un buen método para que ciertos países impongan respeto a los demás; o quizás, simplemente, aún no se ha avanzado suficiente en las conversaciones y, al igual que a las armas químicas y a las biológicas les llevó su tiempo, aún es pronto para las nucleares.

Sí existen, en el caso de las armas nucleares, otro tipo de tratados:

- En primer lugar, los hay relativos a *zonas que han sido desnuclearizadas*: Tratado de la Antártida (1 de diciembre de 1959), Tratado que prohíbe los ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y debajo del agua (5 de agosto de 1963), Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre (27 de enero de 1967), Tratado de Tlatelolco para la proscripción de armas nucleares en América Latina y el Caribe (14 de febrero de 1967), Tratado de Rarotonga, sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur (6 de agosto de 1985), Tratado sobre zona libre de armas nucleares en Asia Sudoriental (15 de diciembre de 1995) y Tratado sobre el establecimiento de una zona libre de armas nucleares en África (11 de abril de 1996)³⁵.

32 Opinión separada del juez FLEISCHHAUER, *id.* p. 835 y Opinión separada del juez GUILLAUME, en *ILM*, XXXV, 1996, n.º 6, p. 1.352).

33 *B.O.E.* de 11 de julio de 1979 y *B.O.E.* de 13 de diciembre de 1996, respectivamente.

34 Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafo 105.2.E

35 Su texto puede consultarse, respectivamente, en: *B.O.E.* de 26 de junio de 1982; *B.O.E.* de 8 de junio de 1965; *B.O.E.* de 4 de febrero de 1969; MARÍN, A., *op. cit.* (supra nota 28), pp. 286-305; *ILM*, XXIV, n.º 5, 1995, pp. 1440 ss.; *ILM*, XXXV, n.º 3, 1996, pp. 635 ss.; y en *ILM*, XXXV, n.º 3, 1996, pp. 702 ss.

- En segundo lugar, destacan los tratados dirigidos a restringir la proliferación. Sin duda, aquí el *tratado estrella* es el Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP), de 1 de julio de 1968³⁶.

Pero ninguno de los textos citados prohíbe las armas nucleares. En la primera categoría se da simplemente una restricción del uso, de la fabricación o de la adquisición de armas nucleares *en zonas muy concretas*. En la segunda (TNP), el objetivo perseguido es, simplemente, impedir la proliferación horizontal. En él se impone a los Estados nucleares la obligación de no atacar con armas nucleares ni traspasarlas a los no nucleares y a éstos no recibirlas ni fabricarlas, imposición que trataba de impedir que se alistaran más socios al club nuclear y que resulta claramente discriminatoria para los no nucleares.

Las normas citadas pueden considerarse, como también lo cree el Tribunal³⁷, una prueba de las preocupaciones que despiertan las armas nucleares en los Estados y de su deseo de mantener cierto control en este campo. Quizás con el tiempo se siga avanzando y se logre una prohibición general de este tipo de armas, que hoy en día no existe.

La Corte tampoco admite que el derecho consuetudinario acoja una prohibición del arma nuclear. Es cierto que son muchas las voces en este sentido, pero aún no han cobrado suficiente fuerza como para considerarlas auténtica *opinio iuris*. La Asamblea General, sin duda, ha sido una de las luchadoras más activas, emitiendo numerosas Resoluciones contrarias a las armas nucleares. Destaca, por ejemplo, la Resolución 1653 (XVI), de 14 de noviembre de 1961, (55 votos a favor, 20 en contra, cuatro de ellos de países nucleares y 26 abstenciones), que consideraba a las armas nucleares como un medio inadmisibles de hacer la guerra. De hecho, tras el Dictamen, la Asamblea General ha emitido la Resolución 51/45 M, de 10 de diciembre de 1996³⁸ (115 votos a favor, 22 en contra y 32 abstenciones), en la que agradecía al Tribunal Internacional de Justicia su respuesta e instaba a todos los Estados a iniciar conversaciones sobre una Convención relativa a las armas nucleares y a proseguir con el desarme. Pero ambas resoluciones se ganaron en una apretada votación, con demasiados votos en contra y abstenciones. Además, no debemos olvidar que estas resoluciones no crean Derecho. Sólo pueden ser, en determinadas ocasiones, prueba de que se está abriendo camino una costumbre, cosa que, a la vista de la oposición constante a estas resoluciones que han mostrado los Estados nucleares y su adopción de políticas de disuasión no parece demasiado probable.

36 *B.O.E.* de 11 de julio de 1987.

37 Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, *C.I.J. Recueil. 1996*, párrafos 60 y 62.

38 El texto de esta Resolución, así como el de otra, también relativa a la Opinión de 8 de julio de 1996, pero esta vez de la Comisión de Derechos Humanos, y las exposiciones orales y escritas de varios países han sido recogidas por LANFRANCHI, M.P. y CHRISTAKIS, T.: *op. cit.* (supra nota 7), pp. 149 ss.

3.3. LAS ARMAS NUCLEARES Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Uno de los grandes argumentos en contra de las armas nucleares es que contravienen el Derecho Humanitario³⁹, en concreto, dos de sus principios básicos: la obligación de emplear armas capaces de distinguir objetivos civiles y militares (artículo 48 del Protocolo Adicional I de 1977) y la prohibición de causar daños superfluos (artículo 23 e) del Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907)⁴⁰. El Tribunal reconoce que *la utilización de las armas nucleares nunca es compatible con los principios y normas del Derecho Humanitario*⁴¹. Ciertamente, es difícil que una bomba atómica respete a la población civil, por el simple hecho de que destroza todo lo que encuentra a su paso. En cuanto a que distinga objetivos militares y civiles, depende del caso, pues si se trata de armas nucleares tácticas, de potencia controlada, puede que sus efectos se reduzcan a una zona concreta. En lo que no hay duda es en que causan daños superfluos. Son sobradamente conocidos los efectos que causa la radiación en el cuerpo humano, provocando la muerte, lesiones irreparables u originando enfermedades de tipo degenerativo. Esta última disposición se conecta, además, con el artículo 35.1 del Protocolo adicional I, de 1977⁴², donde se limita el derecho de las partes en un conflicto a elegir sus métodos de guerra. Arrojar un arma nuclear sería claramente excesivo.

La cláusula Martens, cuya versión actual aparece en el Protocolo Adicional I de 1977 (artículo 1), dice así: *En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del Derecho de gentes derivado de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública*. La Corte reconoce su aplicación al tema objeto en su dictamen en el párrafo 87. La intención de la cláusula es rellenar las posibles lagunas que pudieran darse en el Derecho Humanitario y mostrar la primacía de los principios humanitarios⁴³.

39 La Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja ante la Asamblea General relativa a la Opinión, afirmaba: «... es difícil para el CICR plantearse cómo un empleo de armas nucleares podría avenirse con las normas del Derecho Internacional Humanitario».

40 España ratificó los Protocolos en 1989 (B.O.E. 26 de julio de 1989). El texto del Reglamento puede consultarse en RAVENTÓS, M. y OYARZÁBAL, I.: *Colección de Textos Internacionales*, Bosch, Barcelona, 1936, 636-646.

41 Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, C.I.J. Recueil. 1996, párrafo 78.

42 B.O.E. de 26 de julio de 1989.

43 Así lo reconocen, entre otros, SINGH, N. y McWHINNEY, E.: *op. cit.* (supra nota 28), p. 46 y CASANOVAS y LA ROSA, O.: «El Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados (I)», en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 826.

En cuanto al derecho a la neutralidad del que disfruta todo país, lo cierto es que, como afirmó el juez FLEISCHHAUER⁴⁴, la radiación es incapaz de respetar la integridad de un Estado neutral.

La Corte consagró en el párrafo 105.2.E que el empleo de armas nucleares es *generalmente contrario* a los principios y normas del Derecho Humanitario. Pero la aparente rotundidad de esta afirmación resultó empañada por el uso de la palabra *generalmente*, criticada duramente por la doctrina en general y por algunos jueces en particular (por ejemplo, FLEISCHHAUER, WEERAMANTRY y HIGGINS).

Lo cierto es que las armas nucleares, por su inmenso poder destructivo parecen contravenir el Derecho Internacional Humanitario. Pero, en mi opinión, esto no basta para afirmar que están prohibidas por el Derecho Internacional actual. El Derecho Humanitario, desgraciadamente, es un derecho bastante débil hoy por hoy, en cuanto son pocas las ocasiones en que se logra que sea respetado⁴⁵. ¿Por qué iban a ser las armas nucleares una excepción? Para garantizar la prohibición absoluta del arma nuclear, el medio idóneo y, quizás el único efectivo, sería un tratado específico. Pese a todo, debe ser reconocida la gran labor de estudio del Derecho Humanitario que la Corte llevó a cabo en esta Opinión, fijando muchos de sus grandes rasgos. De hecho, puede afirmarse que ésta es, tras el *asunto sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*⁴⁶, la segunda contribución más importante del Tribunal Internacional de Justicia al esclarecimiento de los principios que regulan el *ius in bello*.

IV. CONCLUSIONES

La Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 despertó grandes expectativas en los defensores de la ilegalidad de las armas nucleares, pero pocos quedaron plenamente satisfechos con el resultado final.

Durante muchos años han sido tres las posturas principales en lo referente a armas nucleares⁴⁷.

- Los defensores de su legalidad.
- Los que creen que, aunque deberían estar prohibidas, son permisibles bajo las leyes actuales y los que opinan que éstas han quedado obsoletas y necesitan una prohibición específica.
- Los que creen que todas las armas nucleares son ilegales según el Derecho actual.

44 Opinión separada del juez Fleischhauer, en *ILM*, XXXV, 1996, 4º, p. 834.

45 Ver en esta línea, por ejemplo, KOSINSKI, R.: «Los Protocolos de 1977: un desarrollo necesario del Derecho Humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 143, 1997, pp. 515 ss. (en p. 519).

46 Sentencia de 27 de junio de 1986, *C.I.J. Recueil. 1986*, pp. 14 ss.

47 Ver SINGH, N. y McWHINNEY, E.: *op. cit.* (supra nota 28), pp. 307 ss.

La Corte, en la Opinión, parece identificarse con la segunda postura. De su lectura se desprende un deseo por parte del Tribunal de erradicar las armas nucleares, que son consideradas como un gran peligro para la Humanidad, pero parece no tener el valor suficiente para llevar esto a sus últimas consecuencias y deja libre el camino a su utilización en *casos extremos de legítima defensa*. La Corte salió del paso eligiendo un camino intermedio, porque lo que está claro es que a los países nucleares, de haber declarado la Opinión la ilegalidad de este tipo de armamento, la decisión del Tribunal Internacional no les hubiera hecho cambiar su actitud. ¿La hubieran tenido en cuenta cuando de los cinco Estados nucleares sólo Gran Bretaña acepta la obligatoriedad de la jurisdicción del Tribunal? Declarar la ilegalidad hubiera sido declarar la no validez de las políticas de disuasión que, aunque más relajadas, siguen existiendo actualmente; hubiera sido chocar de lleno con los cinco países más poderosos, miembros permanentes, además, del Consejo de Seguridad⁴⁸.

Entre los jueces hubo, con todo, diversidad de opiniones. De los catorce jueces, tres (SCHEWEBEL, GUILLAUME y HIGGINS) creen que las armas nucleares son lícitas en determinadas circunstancias extremas. Del resto, sólo otros tres (WEERAMANTRY, SHAHABUDDEN y KOROMA) defienden su ilegalidad absoluta, entendiendo que violan el Derecho Humanitario. Los jueces restantes no mantienen posturas tan claras aunque, en general, se inclinan por la ilicitud, pero de manera muy matizada y con algunas excepciones.

La Corte no declaró la total ilegalidad de las armas nucleares simplemente porque no era posible. Como dice el juez SCHEWEBEL, *es importante no confundir el Derecho Internacional que tenemos con el Derecho Internacional que necesitamos*⁴⁹. Este tipo de armas resulta, desde luego, incompatible con muchas disposiciones del Derecho Humanitario pero, como ya hemos visto, éste es poco respetado y no ofrece bases absolutamente sólidas y fiables para que las armas nucleares se declaren prohibidas. Pese a todo, considero que el balance final de la opinión no es, en absoluto, negativo⁵⁰. A lo largo de sus 105 párrafos, la Corte nos ofrece un rico material jurídico sobre las armas nucleares y bastantes argumentos para continuar luchando en la búsqueda de la erradicación de este tipo de armas. La propia Corte insiste en esta idea en los párrafos 102 y 103, en los que recoge la obligación de los

48 CHESTERMAN, S.: «The ICJ, Nuclear Weapons and the Law». *Netherlands International Law Review*, XLIV, n.º 2, 1997, pp. 149-167 (en pp. 161-162).

49 Opinión disidente del juez Schewbel, en *ILM*, XXXV, 1996, n.º 4, p. 836.

50 En la doctrina, en este aspecto, hay opiniones diversas: por ejemplo, FALK, R., cree que la Opinión ha beneficiado más a los partidarios de la ilegalidad y que los Estados nucleares minimizarán la intención suscitada por la Opinión; confía poco en produzca grandes cambios: «Nuclear Weapons, International Law and the World Court: a historic encounter». *American Journal of International Law*, 91, n.º 1, 1997, pp. 64 ss., (en pp. 73-74). Sin embargo, CONDORELLI, L. considera que la Opinión ha favorecido a los defensores de la licitud de las armas nucleares y de las políticas de disuasión. «La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares. ¿Iura non novit curia?». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 139, 1997, pp. 9-21.

países de no proliferación de acuerdo con el principio básico de buena fe del artículo VI del TNP. En la parte dispositiva (párrafo 105.2.F) afirma que existe la obligación de «*emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos*».

Algunos creen que la Corte se excedió en la redacción de este párrafo, pues contestó a algo que nunca se le preguntó. Pero en él se adivina su apuesta por la eliminación del arma nuclear y su convicción de que quienes realmente pueden conseguir este propósito no son sino los Estados. Lo cierto es que de poco valen las resoluciones, declaraciones de intenciones y manifiestos si aquéllos no tienen el firme propósito de hacer algo para detener del todo la carrera nuclear. Por eso los esfuerzos deben incrementarse día a día y quizás se llegue así a un tratado que prohíba de verdad las armas nucleares. La Opinión de la Corte ha ofrecido la primera piedra en que asentar este propósito.