

EL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Antoni PIGRAU SOLÉ

Catedrático de Derecho internacional público
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS ARMAS NUCLEARES Y LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 8 DE JULIO DE 1996

El debate sobre las consecuencias políticas, militares, humanitarias y morales del diseño y la fabricación de armas nucleares se inició antes de que pudieran ser realmente empleadas ¹. En el ámbito jurídico, una amplia polémica se suscitó desde las primeras explosiones atómicas de 1945 y ha continuado desde entonces, aunque con notables altibajos, centrado especialmente en la compatibilidad del uso de las armas nucleares con el Derecho internacional humanitario ².

¹ La historia de la fabricación de las armas nucleares puede seguirse en P. PRINGLE y J. SPIGELMAN, *Los barones nucleares*. Barcelona: Planeta, 1984 (traducción de *The Nuclear Barons*, 1981).

² Entre los últimos trabajos aparecidos en nuestro país, véanse: E. del M. GARCÍA RICO, *El uso de las armas nucleares y el Derecho internacional. Análisis sobre la legalidad de su empleo*. Madrid: Tecnos, 1999, basado en la tesis doctoral defendida en 1995, en el que se incluye la bibliografía básica sobre el debate jurídico; M. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho internacional ante las armas nucleares*, Diego MARÍN LIBRERO (ed.), Murcia, 1999. Y más recientemente, la tesis doctoral de Inmaculada MARRERO ROCHA, inédita todavía, sobre *La proliferación horizontal de armas nucleares en el nuevo régimen de seguridad*. Granada, 2002.

La Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) recibió dos solicitudes casi simultáneas de opinión consultiva por parte de la Organización Mundial de la Salud y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre la legalidad del uso y de la amenaza del uso de las armas nucleares. En dos opiniones consultivas fechadas el 8 de julio de 1996, la CIJ rechazó pronunciarse sobre la solicitud de la OMS, por considerar que el objeto de su solicitud no entraba en el ámbito de las competencias de esta Organización³, pero aceptó dar respuesta a la petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴. En estas páginas no se va a seguir estrictamente el hilo de la argumentación de la CIJ, aunque, naturalmente, sí se van a utilizar algunos de los razonamientos y conceptos que aporta.

La exposición se va a desarrollar en cuatro partes en las que se abordarán, sucesivamente, algunas cuestiones relativas a la naturaleza y régimen jurídico de las armas nucleares, al Derecho internacional humanitario, y a la relación con otros principios fundamentales del Derecho internacional, para finalizar con unas consideraciones finales, en torno a los problemas de jerarquía de valores y normas en Derecho internacional.

1. EN TORNO A LAS ARMAS NUCLEARES

Aunque el objeto central de este trabajo es el arma nuclear, parece necesario referirse previamente a un concepto previo, cual es de armas de destrucción masiva, que tiene una especial relevancia en el contexto de la argumentación que se tratará de ofrecer.

A. Las armas de destrucción masiva

A partir de la segunda guerra mundial se utiliza este concepto para identificar a un conjunto de armas susceptibles de producir efectos cua-

³ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Avis consultatif, CIJ, Recueil 1996*, p. 66. Al respecto, véase, F. X. PONS RÁFOLS, «La competencia de la OMS para solicitar una opinión consultiva sobre la licitud de la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado», *REDI*, vol. XLIX, 1997, 1, pp. 29-61; M. del C. MÁRQUEZ CARRASCO, «La competencia consultiva de la CIJ en la opinión de 8 de julio de 1996 solicitada por la OMS», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*. Sevilla, 1997, pp. 293-306; J. P. QUENEUDEC, «E.T.a la CIJ: méditations d'un extraterrestre sur deux avis consultatifs», *RGDIP*, 1996-4, pp. 907-914.

⁴ El tenor de la pregunta era: ¿Autoriza el Derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares? (*Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?*); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, CIJ, Recueil 1996*, p. 226. La versión en español se encuentra en anexo al Doc. NU, A/51/218, de 19 de julio de 1996.

litativa y cuantitativamente muy superiores a los de las armas tradicionales o convencionales. Antes de ver el tratamiento jurídico que se ha dado a las armas de destrucción masiva, conviene identificarlas recordando sus características más significativas.

El concepto de armas de destrucción masiva comprende las armas biológicas (antes denominadas bacteriológicas), las armas químicas y también las armas nucleares. En opinión de muchos autores, es preciso incluir asimismo en esta categoría las denominadas “técnicas de modificación ambiental”⁵, que consisten en utilizar militarmente la manipulación de los procesos naturales de tal manera que se modifique la dinámica, la composición o la estructura terrestre o el medio ambiente. Por ejemplo, provocar lluvias o terremotos. Estas técnicas son objeto de prohibición muy limitada por una Convención abierta a la firma el 18 de mayo de 1977⁶.

Las armas biológicas son aquellas que implican la diseminación de organismos vivos, tales como bacterias o virus, o material infeccioso que se derive de ellos, con el objetivo de provocar la enfermedad o la muerte de personas, animales o plantas. Se basan en la capacidad de autorreproducirse del organismo diseminado. A pesar de que han sido objeto de investigación, desarrollo y fabricación, y se sospecha que han sido utilizadas, no se han empleado de manera significativa en un conflicto armado⁷. Naturalmente, los avances científicos en materia de genética microbiana y de patología experimental, permiten aumentar la peligrosidad y la resistencia de estos tipos de organismos. No obstante, sus efectos dependerían de diversos factores, algunos de los cuales, como las condiciones ambientales o meteorológicas o el desplazamiento de personas o animales afectados, son difícilmente controlables, lo que limita su eficacia desde un punto de vista militar.

Las armas químicas son aquellas que implican la utilización como agente de sustancias químicas, en estado sólido, líquido o gaseoso, que tienen efectos tóxicos para las personas, animales o plantas. Con independencia que el uso de venenos es una práctica muy anterior, fue el uso masivo de gases tóxicos durante la primera guerra mundial, la principal fuente de información pública sobre estos efectos. Se calcula que causaron 1.300.000 bajas, incluidas unas 100.000 muertes. Posteriormente se han empleado en otros conflictos como los de Vietnam, Afganistán o la guerra Iran-Irak. Más recientemente fueron utilizadas por algún grupo

⁵ Entre ellos, O. CASANOVAS Y LA ROSA, en M. DíEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 11.ª ed., 1997, p. 833.

⁶ Entró en vigor el 5 de octubre de 1978. *UNTS*, vol. 1108; *BOE*, 22 noviembre 1978.

⁷ No hace mucho se ha reconocido su utilización por Japón en China durante la segunda guerra mundial.

terrorista en Japón. En todo caso la investigación en este campo ha permitido superar en mucho el efecto tóxico de las primeras armas químicas. Se han fabricado y almacenado en gran cantidad y variedad.

Las armas nucleares son artefactos capaces de liberar energía a partir de la fisión del núcleo de los átomos de elementos pesados (uranio-235 o plutonio-239, especialmente) o de la fusión de núcleos de isótopos pesados de hidrógeno (deuterio o tritio), a partir de altísimas temperaturas obtenidas a través de una reacción previa de fisión (termonucleares). Las armas nucleares generan especialmente un triple efecto sobre los seres vivos: un efecto térmico (fuego), un efecto mecánico (onda expansiva) y un efecto radiactivo. Dejando aparte las consecuencias que, especialmente, los dos primeros efectos producen sobre los edificios y otros bienes materiales ⁸.

El primer artefacto nuclear utilizado durante un conflicto armado fue arrojado sobre Hiroshima el 6 de agosto de 1945 y afectó a medio millón de personas, de las que doscientas mil habían fallecido a finales de 1950. El segundo, lanzado sobre Nagasaki, tres días más tarde, afectó a casi trescientas mil personas, de las que 100.000 habían fallecido a finales de 1950. Miles de personas en ambas ciudades viven todavía hoy con las secuelas físicas de la explosión o continúan sometidas a tratamiento médico. En cuanto a los efectos sobre las ciudades, la imagen de la Catedral de Hiroshima, conservada tal como quedó —y fue lo único que quedó en la zona de impacto— y declarada hace algunos años por la UNESCO como patrimonio histórico de la humanidad, habla por sí sola.

Posteriormente, la denominada carrera de armas nucleares, se ha movido por impulsos similares en los distintos Estados, que se han alimentado mutuamente ⁹. Ha dado como resultado, de una parte, un proceso de acumulación de extraordinarios arsenales, la desviación de grandes cantidades de recursos naturales, humanos, técnicos y económicos y, de otra parte y paradójicamente, una situación en que se pone en peligro como nunca antes la seguridad internacional y, en último término “la mis-

⁸ Sobre las armas nucleares y sus efectos: W. C. PATTERSON, *La energía nuclear*. Madrid: H. Blume Ediciones, 1982; y los documentos de Naciones Unidas “Informe del Secretario General sobre los efectos de la posible utilización de las armas nucleares y sobre las consecuencias que para la seguridad y la economía de los Estados tienen la adquisición y ulterior desarrollo de esas armas”, NU, Doc. A/6858, 10 octubre 1967; “Estudio amplio sobre las armas nucleares. Informe del Secretario General”; NU, Doc. A/35/392, 12 septiembre 1980; y “Estudio amplio sobre las armas nucleares. Informe del Secretario General”; NU, Doc. A/45/373, 18 septiembre 1990. También el “Estudio sobre los efectos climáticos y otros efectos que podrían producirse en todo el mundo como resultado de una guerra nuclear”; NU, Doc. A/43/351, Nueva York, 1989.

⁹ Véase la obra básica de A. MYRDAL, *El juego del desarme*. Madrid: Debate, 1984; y los trabajos de E. P. THOMPSON, recopilados en *Opción Cero*; en particular «Notas sobre el exterminismo, la última etapa de la civilización». Barcelona: Crítica-Grijalbo, 1983.

ma supervivencia de la civilización”, como se decía, entre muchos otros textos, en el Documento Final del período extraordinario de sesiones que la Asamblea General dedicó al desarme en 1978 ¹⁰. En palabras de la CIJ, en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996, sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (en adelante, opinión consultiva):

«El poder de destrucción de las armas nucleares no puede contenerse ni en el espacio ni en el tiempo. Tienen capacidad para destruir por completo la civilización y el ecosistema entero del planeta»¹¹.

En 1969, el Instituto de Derecho internacional, en su sesión de Edimburgo, definía las armas de destrucción masiva como: «... armas que, por su naturaleza, golpean sin distinción objetivos militares y no militares, fuerzas armadas y poblaciones civiles, con un efecto destructor que es demasiado grande para poder ser limitado a objetivos militares determinados o es incontrolable...». Un conocimiento elemental del Derecho internacional humanitario, ante una formulación tan intencionada del concepto, permite, sin duda, empezar a construir conclusiones provisionales sobre el asunto de fondo.

B. La distinta regulación jurídica convencional de las armas de destrucción masiva: algunas razones

Pero a pesar de ser, todas ellas, armas de destrucción masiva, lo cierto es que su tratamiento jurídico ha sido bien distinto.

Las armas biológicas y químicas han seguido un camino en principio idéntico, a partir de la norma que prohíbe causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos. Es preciso mencionar los textos adoptados en el marco de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 que contenían la prohibición del uso de venenos y balas envenenadas, así como del uso de proyectiles destinados a la difusión de gases asfixiantes o mortíferos y el Protocolo de Ginebra, de 17 de junio de 1925, que prohibía, con ciertas limitaciones, el uso de gases asfixiantes, venenosos y de todos los líquidos, sustancias o dispositivos de efectos similares así como los métodos bacteriológicos ¹².

A pesar de que tras la segunda guerra mundial la idea inicial era prohibir conjuntamente la posesión de armas químicas y biológicas, las negociaciones demostraron que era mucho más compleja la verificación de una prohibición de armas químicas. Se optó por acelerar la prohibi-

¹⁰ NU, Res. S-10/2, §§ 11 y 47.

¹¹ CIJ, opinión consultiva, § 35.

¹² *Gaceta de Madrid*, de 14 de septiembre de 1930.

ción de las armas biológicas. El texto básico es la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas biológicas y tóxicas y sobre su destrucción, de 10 de abril de 1972. Entró en vigor el 26 de marzo de 1975¹³.

Las negociaciones sobre las armas químicas se prolongaron sin progresos apreciables hasta 1990, en que los Estados Unidos y la URSS, principales poseedores de las mismas, concluyeron un acuerdo bilateral por el que se comprometían a poner fin a su producción y a reducir sustancialmente sus arsenales. Este acuerdo y las sucesivas reacciones de significativos Estados aceleraron las negociaciones en la Conferencia de Desarme de Ginebra. Finalmente, en septiembre de 1992 se llegó a un acuerdo, que se formalizó el 13 de enero de 1993. La Convención sobre las armas químicas tiene una denominación paralela a la de las armas biológicas. Entró en vigor el 27 de abril de 1997¹⁴.

Al igual que en el caso de las armas biológicas las obligaciones básicas son las de no desarrollar, producir, adquirir o almacenar armas químicas y de destruir las que se posean, de acuerdo con un calendario fijado y en un plazo máximo de diez años.

Desde los años cincuenta numerosos acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales han sido concluidos en relación con distintos aspectos relativos a las armas nucleares¹⁵, dando lugar a un proceso de desarme que el profesor PASTOR RIDRUEJO ha calificado como discriminatorio e incompleto¹⁶.

En general es posible diferenciar dos grandes períodos en la historia de los acuerdos relativos a la regulación de las armas nucleares. En el primero, hasta los años ochenta, el interés se centra en pactar un crecimiento equilibrado de los arsenales. El proceso de cambios iniciado en la Unión Soviética a mediados de los ochenta marca el punto de inflexión, que puede simbolizarse en el primer acuerdo de desarme real, que se produce en 1987¹⁷. Desde entonces se constata una tendencia a la disminución del número de armas nucleares, aunque ahora tienen mucha más precisión y potencia.

¹³ Son Parte en ella 145 Estados; *UNTS*, vol. 1015, p. 163; *BOE*, 11 julio 1979.

¹⁴ “Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción”, *BOE* de 13 de diciembre de 1996. Son Parte en ella, también, 145 Estados.

¹⁵ Véase un estudio exhaustivo en J. GOLDBLAT, *Arms Control. A Guide to Negotiations and Agreements*, PRIO, Sage Publications. Cambridge University Press, 1994.

¹⁶ J. A. PASTOR RIDRUEJO, «El uso del arma nuclear y sus consecuencias humanitarias», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares...*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁷ Es el “Tratado sobre la Eliminación de los Misiles de Alcance Intermedio y de Menor Alcance”, de 8 de diciembre de 1987. De hecho, se ha escrito que «hasta 1987 la verdadera naturaleza y finalidad de las negociaciones internacionales sobre armamentos ha sido la de un control del rearme»; A. MANGAS MARTÍN, en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 10.ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 878.

En cuanto a la tipología sustantiva de dichos acuerdos, y sin entrar en ningún detalle, podemos diferenciarlos en cinco categorías: acuerdos que contienen medidas de confianza y prevención de guerra accidental; acuerdos cuyo objeto es la limitación del armamento nuclear; acuerdos cuyo objeto es el desarme nuclear, es decir reducir efectivamente el número de armas nucleares; acuerdos que tienen por objeto crear zonas libres de armas nucleares y, por último, acuerdos cuyo objeto es restringir o prohibir la realización de ensayos nucleares.

En cambio, no tenemos, hasta hoy, un acuerdo que, con carácter general como sí sucede con las armas químicas y biológicas, prohíba desarrollar, producir, adquirir o almacenar armas nucleares y obligue a los Estados a destruir las que posean. Aunque tenemos el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, al que me referiré después. A pesar de múltiples propuestas, la oposición de las potencias nucleares ha sido constante en este punto. Y así ha debido constatarlo la CIJ, para la que el conjunto de tratados citados «podrían considerarse precursores de una futura prohibición general del uso de esas armas, pero no constituyen una prohibición en sí mismos»¹⁸.

Igualmente la CIJ, a pesar de la existencia de distintas resoluciones de la AGNU que consideran ilícitas las armas nucleares, considera que los votos contrarios y las abstenciones a las mismas, derivadas de la adhesión de numerosos Estados a la política de disuasión nuclear, obligan a concluir la inexistencia de una *opinio iuris*, capaz de fundamentar una norma consuetudinaria específica de prohibición de las armas nucleares. En este punto, contenido en el párrafo B de la decisión, solamente tres jueces votaron en contra ¹⁹.

La especificidad del tratamiento de las armas nucleares, respecto a las demás armas de destrucción masiva puede explicarse atendiendo a distintas razones:

En primer lugar, por sus propias características. Con excepción del efecto de radiación, es mucho más sencillo limitar sus efectos a áreas determinadas, lo que les da una mayor eficacia desde el punto de vista del interés militar.

En segundo lugar, la creación de un sistema de armas nucleares requiere mucha más infraestructura tecnológica y una mayor inversión de capital, de tal manera que la fabricación y la utilización fiable de un sistema de armas nucleares solamente está al alcance de las grandes potencias mundiales o regionales. Es un arma de países muy ricos.

¹⁸ CIJ, opinión consultiva, § 62.

¹⁹ CIJ, opinión consultiva, paras. 64-73 y 105, 2), B. Votaron en contra los magistrados Shahabuddeen, Weeramantry y Koroma.

En tercer lugar, y muy importante, alrededor de las armas nucleares se ha formulado la doctrina de la disuasión, basada en la idea de que se trata de armas destinadas a no ser utilizadas y que tienen como principal función disuadir a terceros de un ataque, bajo la amenaza de una respuesta inaceptable para el agresor. Esta doctrina ha fundamentado, en el contexto de la guerra fría y aún hoy, toda la estrategia de defensa de las potencias nucleares y de sus respectivos aliados ²⁰.

Pero al mismo tiempo, se ha emitido un mensaje claro: las armas nucleares no solamente otorgan a los Estados una fuerza militar extraordinaria, sino también un status internacional de potencia política. La condición de miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU de las primeras potencias nucleares oficialmente declaradas ha contribuido decisivamente a la consideración de la posesión de armas nucleares como símbolo de una realidad inmodificable. Es claro que este valor añadido de las armas nucleares ha sido igualmente un potente estímulo para su proliferación ²¹.

Finalmente, y especialmente desde los países occidentales, se han presentado las armas nucleares con una vestimenta de instrumentos de paz, a partir de su carácter presuntamente defensivo y preventivo, lo que ha dado a las armas nucleares una imagen, en general, menos desagradable que la que comparten las armas biológicas y químicas.

Pero, volviendo a retomar el argumento general y como ya se ha avanzado, afortunadamente una de las tendencias de los últimos quince años es la reducción progresiva de las armas nucleares. El otro elemento que caracteriza el presente período, una vez desaparecido el Pacto de Var-

²⁰ Véanse las críticas al concepto de disuasión contenidas en los trabajos de M. KALDOR, E. ROHSCHILD y A. KRASS, en la Conferencia organizada por el SIPRI, en septiembre de 1983, a propósito del Informe de la Comisión Independiente sobre desarme y asuntos de seguridad, también conocida como Comisión Palme; SIPRI, *Policies for Common Security*. London-Philadelphia: Taylor & Francis, 1985; también en H. M. CATUDAL, *Nuclear Deterrence. Does it Deter?* London: Mansell Publishing Limited, 1985, en especial, pp. 47-80; y en los trabajos recogidos en los capítulos 4, 5 y 6 de B. H. WESTON (ed.), *Toward Nuclear Disarmament and Global Security. A Search for Alternatives*. Colorado: Westview Press, Boulder, 1984.

²¹ S. LODGAARD y M. TKEE, «The Arms Race and Nuclear Proliferation», *BPP*, vol. 8, núm. 1, 1977, p. 3; S. LODGAARD, «Prospects for Non-Proliferation», *Survival*, vol. XXII, núm. 4, julio-agosto 1980, p. 163; en el mismo sentido K. SUBRAHMANYAM, «The Link between Horizontal and Vertical Proliferation», en S. AGA KHAN (ed.), *Nuclear War - Nuclear Proliferation, and their consequences*. Oxford: Clarendon Press, 1986, pp. 142-143: «If the industrialized nations have come to develop fervent belief in the efficacy of the doctrine of deterrence, consider it essential to pursue vertical proliferation to sustain that deterrence, have built a mystique around nuclear arsenals and emphasize that nuclear deterrence has preserved peace in the industrialized world, these perceptions and behaviour patterns of the dominant nations of the world are bound to have their impact on the world outside industrialized nations».

sovia y la propia Unión Soviética y diluido el enfrentamiento Este-Oeste tal como lo hemos conocido, es la presión renovada de los Estados que no tienen armas nucleares para obtener su eliminación, que tiene mucho que ver con la solicitud de opinión consultiva a la CIJ. Sin embargo, la respuesta más significativa de los países poseedores de armas nucleares ha sido la de identificar nuevas amenazas que justifiquen mantener su posesión: la nueva amenaza parece llamarse proliferación.

En este contexto es absolutamente necesario recordar la llamativa cumbre del Consejo de Seguridad de enero de 1992, en la que se presta especial atención a la proliferación de las armas de destrucción masiva y, en particular a la proliferación nuclear. En la nota hecha pública por su presidente el 31 de enero, se dice de manera clara:

«La proliferación de todas las armas de destrucción en masa constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. [...] Respecto de la proliferación nuclear, los miembros del Consejo toman nota de la importancia de la decisión de muchos países de adherirse al Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares y subrayan la función esencial que en el cumplimiento de ese Tratado corresponde a la plena eficacia de las salvaguardias del OIEA, así como la importancia de los controles eficaces de la exportación. Los miembros del Consejo adoptarán medidas apropiadas en caso de cualesquiera violaciones que les sean notificadas por el OIEA»²².

Lo que aconseja detenerse brevemente en el significado del Tratado de no proliferación de las armas nucleares.

C. El tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares

El Tratado sobre la No Proliferación de las armas nucleares²³ (en adelante TNP), adoptado en 1968, es un texto complejo que suscita muchas cuestiones jurídicas²⁴, pero nos interesa aquí solamente en la medida en que sea pertinente en relación con la legalidad de las armas nucleares, conexión aceptada por otra parte por la propia CIJ en la opinión consultiva de 1996.

El TNP se asienta sobre la formalización jurídica de la existencia de dos tipos de Estados Parte; los que poseen armas nucleares (EPAN) y

²² “Nota del presidente del Consejo de Seguridad”, Doc. S/23500, 31 de enero de 1992, pp. 4-5. Sobre esta Declaración, S. TORRES BERNÁRDEZ, «Perspectivas en la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la Declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 727-769; en particular pp. 734-735 y 762-763.

²³ UNTS, vol. 729, p. 161; BOE de 31 de diciembre de 1987.

²⁴ Véase, con carácter general, mi trabajo *El régimen de no proliferación de las armas nucleares*. Madrid: McGraw-Hill, 1997; y las referencias bibliográficas en él contenidas.

los que no las poseen (ENPAN). La categoría de los Estados poseedores queda reservada a los Estados que han «fabricado y hecho explotar un arma nuclear u otro dispositivo nuclear explosivo antes del 1.º de enero de 1967». Es decir que la categoría, cerrada por definición, incluye a cinco Estados, los mismos que actualmente ocupan los asientos permanentes en el Consejo de Seguridad de la ONU. En consecuencia, todos los demás Estados Parte son y serán, a efectos del TNP, Estados no poseedores de armas nucleares ²⁵.

Las obligaciones específicas fundamentales de los EPAN que son Parte en el Tratado son, según el Art.I: no traspasar a nadie armas nucleares ni el control sobre ellas, directa o indirectamente, y no ayudar, alentar o inducir a un ENPAN a fabricar o adquirir armas nucleares o el control sobre las mismas. Correlativamente, las obligaciones específicas de los ENPAN que son Parte en el Tratado son, en virtud del art. II, las de no recibir de nadie ningún traspaso de armas nucleares ni el control sobre ellas, sea directa o indirectamente; de no fabricar ni adquirir de otra manera armas nucleares; y a no recabar ni recibir ayuda alguna para la fabricación de las mismas. Los arts. I y II del TNP se centran pues en la prevención de lo que se ha denominado proliferación horizontal. El Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, más que prohibir la proliferación de las armas nucleares, prohíbe la proliferación de los Estados poseedores de armas nucleares ²⁶.

Además, lo que es más importante a nuestros efectos, en virtud del art. VI, «cada Parte en el Tratado se compromete [entre otros extremos] a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear...». Esta disposición, que no se encuentra en ningún otro texto jurídico vinculante para los Estados, es la contrapartida principal que los EPAN aceptaron a cambio del compromiso de los ENPAN a renunciar al arma nuclear y representa el reconocimiento explícito de la vinculación entre la no proliferación y el desarme nuclear.

Complementariamente, los EPAN han asumido unilateralmente, en distintos contextos, el compromiso de no emplear armas nucleares contra los ENPAN que fueran Parte en el TNP, aunque han exceptuado de ese compromiso el supuesto de legítima defensa individual o colectiva ²⁷.

²⁵ Téngase en cuenta que son Parte en el Tratado 187 Estados.

²⁶ Como ponía de relieve, al proponer que el Tratado debía haberse llamado “Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear-Weapon States”, Atsuhiko YATABE, en «A Note on the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons: the Japanese Point of View», *JAIL*, vol. 17, 1970, p. 18.

²⁷ Sobre las garantías de seguridad: A. PIGRAU, *El régimen de no proliferación...*, op. cit., pp. 26-28 y 251-256.

Del análisis de los derechos y deberes de las Partes se deduce claramente un cuadro distinto y desequilibrado de deberes para los EPAN y para los ENPAN. No obstante, como he tenido ocasión de señalar, han coexistido dos lecturas distintas del TNP:

«La primera, orientada a justificar el mantenimiento del *statu quo*, sostiene que el objetivo principal del TNP es precisamente la no proliferación y atribuye la mayor importancia al cumplimiento por parte de los ENPAN de sus obligaciones con arreglo al Tratado; solamente cuando un marco suficiente de seguridad se haya alcanzado será posible avanzar en la aplicación de los compromisos de desarme. Esta lectura contribuye sustancialmente a reforzar la imagen discriminatoria del TNP y ha beneficiado tanto a los EPAN que no han tenido intención de renunciar al arma nuclear, como a los ENPAN que no deseaban someterse al TNP. La segunda lectura considera el TNP como una reglamentación provisional hasta la obtención de su objetivo: el desarme nuclear e incluso el desarme general y completo, en los términos del art. VI del Tratado. Se aplican normas distintas a Estados que, transitoriamente, se encuentran en situaciones distintas. Unos no adquirirán armas nucleares y otros negociarán para eliminar las que poseen. En una situación de desarme nuclear total, la igualdad entre las Partes quedará restablecida»²⁸.

Por eso los ENPAN atribuyen una importancia capital al art. VI del TNP, hasta el punto que, para ellos, define el auténtico objetivo del Tratado.

2. EN TORNO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Conviene ya entrar en el segundo de los apartados, referido al Derecho internacional humanitario, que constituye, es preciso recordarlo, una de las manifestaciones del principio consagrado en el Derecho internacional contemporáneo, de respeto a la dignidad humana.

A. Los principios fundamentales del Derecho internacional humanitario

En términos generales, la construcción del conjunto del Derecho internacional humanitario se basa en la voluntad de conciliar, en la conducción de las hostilidades durante un conflicto armado, los intereses derivados de la necesidad militar con las exigencias derivadas de consideraciones de humanidad. Esto se ha traducido en la formulación de algunos “principios cardinales”, mencionados como tales por la CIJ, en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996²⁹:

²⁸ *Ibid.*, pp. 18-19.

²⁹ CIJ, opinión consultiva, § 78.

a) la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, a partir de la distinción entre combatientes y no combatientes, y entre objetivos militares y no militares.

b) La prohibición de causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos (una terminología que presupone la existencia de sufrimientos y daños necesarios desde la perspectiva del interés militar) y en consecuencia de emplear los medios de guerra, las armas, susceptibles de producirlos, lo que significa que los Estados no tienen un derecho ilimitado a utilizar cualquier tipo de armas.

c) El tercero proviene de la llamada “clausula Martens”, incluida por primera vez en los acuerdos de La Haya de 1899 y cuya versión moderna puede encontrarse en el párrafo 2 del art. 1 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, y que dice:

«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 de humanidad y de los dictados de la conciencia pública»³⁰.

B. La naturaleza de los principios fundamentales del Derecho internacional humanitario y su aplicabilidad a las armas nucleares

El carácter consuetudinario de estos principios no es objeto de discusión. A la amplitud del número de Estados Parte en las convenciones de La Haya y las de Ginebra, hay que sumar distintas referencias de la CIJ en asuntos anteriores, y numerosos pronunciamientos de los órganos de la ONU, entre ellos las resoluciones del Consejo de Seguridad que crean los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en 1993 y 1994, respectivamente³¹.

Pero, lamentablemente, la CIJ obvió en este punto un pronunciamiento claro respecto del lugar que tales principios ocupan en la estructura del Derecho internacional contemporáneo.

De una parte, afirma textualmente que «todos los Estados han de cumplir esas normas fundamentales, hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen, porque constituyen principios intransgredibles del Derecho internacional consuetudinario», aportando, por cierto, una nueva categoría de normas, que no tiene precedentes³²

³⁰ BOE de 26 de julio de 1989.

³¹ Res. 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad, respectivamente.

³² CIJ, opinión consultiva, § 79. Véase M. P. LANFRANCHI y T. CHRISTAKIS, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour Internationale de Justice. Analyse et documents*. Paris: Economica, 1997, p. 88.

De otra, y ante la solicitud implícita de que califique dichos principios como normas de *ius cogens*, es decir normas que se imponen jerárquicamente a cualquier otra que no tenga ese carácter, la Corte señala, de manera poco convincente, que:

«La cuestión de si una norma forma parte del *ius cogens* guarda relación con el carácter jurídico de la norma. La petición dirigida a la Corte por la Asamblea General plantea la cuestión de la aplicabilidad de los principios y normas del Derecho humanitario en los casos en que se utilicen armas nucleares y las consecuencias de que se apliquen esos principios y normas para la legalidad del empleo de esas armas. Sin embargo, no se plantea la cuestión del carácter del Derecho humanitario que se aplicaría al empleo de las armas nucleares. Por lo tanto, [concluye] es innecesario que la Corte se pronuncie sobre esta cuestión»³³.

El argumento es perfectamente rebatible, en la medida en que cuando pueda ser pertinente la aplicación de diversas normas a un mismo supuesto de hecho —que es justamente lo que la CIJ va a plantear— precisamente es el carácter jurídico de la norma el único criterio que puede llevarnos a discernir cuál es la norma preferente³⁴.

Por otra parte, el argumento de que las armas nucleares, al ser armas nuevas en el tiempo, no están regidas por las normas anteriores del Derecho internacional humanitario, defendido en otras ocasiones por algunos autores y Estados, parece haber sido abandonado. En el procedimiento ante la CIJ, ninguna de las exposiciones defendió dicha tesis³⁵.

De esta manera, por unanimidad de sus miembros, la Corte pudo aprobar, que «la amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser también compatible con los requisitos del Derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del Derecho internacional humanitario...», en el párrafo D de su decisión³⁶.

³³ CIJ, opinión consultiva, § 83.

³⁴ Véase, P.-M. DUPUY, «El análisis de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de Julio de 1996 sobre la licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, op. cit., pp. 94-96; en el mismo sentido, L. CONDORELLI, «La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares: ¿*Jura non novit curia?*», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, enero-febrero 1997, p. 18; y H. FUJITA, «Sobre la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca de la licitud de las armas nucleares», *ibid.*, p. 65.

³⁵ CIJ, opinión consultiva, paras. 85-86. Véase J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, «El dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud del arma nuclear», *REDM*, núm. 71, enero-junio 1998, pp. 95-99.

³⁶ CIJ, opinión consultiva, § 105, 2) D.

C. La compatibilidad del uso de las armas nucleares con el Derecho internacional humanitario

Y llegamos al punto más conflictivo de la Opinión consultiva, que es importante desde diversos puntos de vista, aunque ha sido correctamente calificada como decepcionante por amplios sectores doctrinales ³⁷.

La argumentación de las potencias nucleares ante la Corte se basó en la posibilidad de compatibilizar la utilización selectiva de armas nucleares en ciertos contextos o la utilización de determinadas armas nucleares de baja potencia con el respeto a las normas que rigen los conflictos armados ³⁸. Aunque la Corte constató que ninguno de esos Estados había indicado, suponiendo que dicha utilización limitada fuera posible, cuáles son las circunstancias concretas que justifican dicha utilización, ni si la misma daría lugar a una generalización de la utilización de armas nucleares, sin embargo concluyó que no contaba con elementos suficientes para pronunciarse sobre esta posibilidad ³⁹.

En consecuencia, a pesar de las consideraciones de la Corte sobre la naturaleza de las armas nucleares y de su afirmación de que «la utilización de esas armas parece, de hecho, escasamente compatible» con los principios del Derecho internacional humanitario ⁴⁰, en el punto E, el más polémico de su pronunciamiento, se señala que:

«De los requisitos anteriormente mencionados se infiere que la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del Derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del Derecho humanitario;

No obstante, habida cuenta de la situación actual del Derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado» ⁴¹.

³⁷ Véanse los trabajos recogidos en el número especial de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, enero-febrero 1997; también los de P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «¿Podría ser proporcional el arma nuclear?», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares...*, op. cit., pp. 119-146, y A. SALADO OSUNA, «Una respuesta inconclusa de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 18 de julio de 1996», *ibid.*, p. 254.; y la introducción de X. PONS RÁFOLS, a la publicación de la *Associació per a les Nacions Unides a Espanya, Opinió consultiva del Tribunal Internacional de Justícia sobre la legalitat de l'amenaça o l'ús de les armes nuclears*, Barcelona, 1997, en especial, pp. 16-18.

³⁸ Esta posición es defendida con mayor claridad por el Magistrado Schwebel, en su opinión disidente. La argumentación contraria, defendiendo la incompatibilidad intrínseca fue expuesta principalmente en la, también, opinión disidente del magistrado Weeramantry.

³⁹ *CIJ*, opinión consultiva, paras. 94-95.

⁴⁰ *CIJ*, opinión consultiva, § 95.

⁴¹ *CIJ*, opinión consultiva, § 105, 2), E.

Dicho párrafo fue aprobado por siete votos contra siete. Es decir, con el voto cualificado del presidente de la CIJ ⁴².

De las dificultades para interpretar la opinión consultiva e incluso las posiciones de los distintos jueces puede dar una idea tanto el hecho de que los catorce jueces emitieron declaraciones, votos particulares o votos disidentes, como el dato significativo de que en cada uno de los grupos de jueces que votaron ese párrafo en el mismo sentido, encontramos argumentos completamente opuestos ⁴³.

Baste apuntar por el momento que la confusa formulación del texto, incluida esa referencia incomprensible a «los elementos de hecho de que dispone», ha dado pie a múltiples interpretaciones divergentes. Pero puesto que la CIJ hace entrar en juego, en su razonamiento y en su decisión conceptos desconocidos hasta ahora en su jurisprudencia como son los de «circunstancias extremadas de legítima defensa» y de «peligro para la propia supervivencia de un Estado», bueno será que demos paso a la tercera parte de esta exposición.

3. EN TORNO A LA ARTICULACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. Prohibición del uso de la fuerza y excepción de legítima defensa

Como es sabido el párrafo 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que:

«Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

Asimismo la Carta prevé dos excepciones a este principio que, como tales, deben interpretarse restrictivamente. Una de ellas es el caso del uso de la fuerza en el marco de la acción ejercido por el Consejo de Seguridad, con arreglo a las disposiciones del Capítulo VII. La otra es la del art. 51, en el que se consagra «el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las

⁴² Votaron a favor los magistrados Bedjaoui (presidente), Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereschetin y Ferrari Bravo; en contra, los magistrados Schwebel (vicepresidente), Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma y Higgins.

⁴³ Véanse las consideraciones del profesor J. A. CARRILLO SALCEDO, en sus «Conclusiones generales», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares...*, *op. cit.*, pp. 312-314.

Naciones Unidas, hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales».

Sin extendernos en otros aspectos ⁴⁴, la CIJ constata en su opinión consultiva que, aparte de los requisitos explicitados en esta disposición, existen otras limitaciones al derecho de legítima defensa, que forman parte del Derecho internacional consuetudinario. Se trata de las condiciones de necesidad y proporcionalidad. Con independencia del medio por el que se emplea la fuerza —señala la Corte— la legítima defensa sólo justificaría medidas que fueran proporcionales y al ataque armado y necesarias para responder a éste ⁴⁵.

Puesto que los criterios de proporcionalidad y necesidad son también el fundamento del Derecho internacional humanitario, la Corte no encuentra dificultad en su razonamiento para entender que el uso de la fuerza en legítima defensa, para ser lícito debe también cumplir las condiciones derivadas de los principios y normas del Derecho humanitario ⁴⁶.

B. La igualdad soberana de los Estados y las “circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado”

En Derecho internacional, el reconocimiento de la soberanía del Estado implica también el derecho de cada Estado a proteger su seguridad. Por tanto, la referencia de la CIJ al peligro para la supervivencia de un Estado solamente puede tener su fundamento en el principio de la igualdad soberana de los Estados, en tanto que derecho a la existencia del Estado, definido, en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas, como dotado de integridad territorial e independencia política.

En este sentido —hay que entender— la CIJ en su Sentencia de 27 de junio de 1986, en el asunto de Nicaragua contra los Estados Unidos de América, afirmó, aunque refiriéndose a armas convencionales, que: «no existen en Derecho internacional otras reglas aparte de las que el Estado quiera aceptar, por tratado o de otra forma, que impongan una

⁴⁴ Sobre este aspecto de la opinión consultiva y, en especial sobre el tratamiento del concepto “amenaza”, véase A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, «Las nociones de “amenaza” y “uso” del arma nuclear», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares...*, op. cit., pp. 101-118, y X. PONS RÁFOLS, en *Opinió consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la legalitat...*, op. cit., pp. 9-12.

⁴⁵ CIJ, opinión consultiva, § 41. Como ya había hecho en CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ, Reports 1986, § 194, p. 103.

⁴⁶ CIJ, opinión consultiva, § 42.

limitación al nivel de armamento de un Estado soberano. Este principio es válido para todos los Estados sin excepción»⁴⁷.

Por otra parte, la afirmación de la Corte, de que «no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado» ha sido interpretada, por lo menos, en dos sentidos.

El primero sería el que considera que se está refiriendo, aunque de manera enfatizada, simplemente a la legítima defensa, tal como antes la ha definido, en el sentido de que si fuera posible utilizar armas nucleares de acuerdo con las condiciones jurídicas de la legítima defensa, ese uso no sería ilícito. Supone la aceptación fáctica de esa posibilidad, sin tener en consideración que, como se ha señalado por algunos de los jueces, si tan limitados son los efectos, probablemente podrían obtenerse con armas convencionales; que jamás se ha planteado el supuesto de usos de armas biológicas y químicas en pequeña escala como compatibles con el Derecho internacional humanitario, y que difícilmente podría evitarse una escalada en el empleo de las armas nucleares.

El segundo, y mucho más preocupante, sería el que considera que al hablar de «circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado» la Corte insinúa la existencia de supuestos en los que el derecho de legítima defensa se convierte en absoluto, incluso en contra de los principios del Derecho internacional humanitario⁴⁸.

Prescindiendo de entrar en consideraciones sobre el impreciso alcance material o formal de la expresión “supervivencia de un Estado”⁴⁹, tanto en uno como en otro caso, por derivarse del principio de la igualdad soberana, el derecho a la supervivencia del Estado debería predicarse de todos los Estados. La pregunta que, inmediatamente, se suscita es: ¿no estaremos poniendo en peligro la prohibición de las armas biológicas y químicas y el conjunto del régimen de no proliferación de las armas nucleares?

Parece, pues, necesario regresar al TNP.

⁴⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, ICJ, Reports 1986*, § 269, p. 135.

⁴⁸ Idea que parece aceptar M. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho internacional ante las armas nucleares*, *op. cit.*, pp. 132 y 134. También parece subyacente en la posición del magistrado Guillaume, expresada en su opinión separada, también advertida —para rechazarla— por el magistrado Koroma, en su opinión disidente. Igualmente véase la opinión disidente de la magistrada Higgins, § 29.

⁴⁹ Como ha puesto de relieve, entre otros, M. J. MATHESON, «The opinions of the ICJ on the threat or use of nuclear weapons», *AJIL*, vol. 91, núm. 3, 1997, p. 430.

C. Un *statu quo* inconsistente e insostenible

Como se ha señalado anteriormente, aunque pueda parecer paradójico, el final de la guerra fría ha radicalizado y polarizado el debate sobre las armas nucleares. Lo que se plantea, ya sin filtros que oscurezcan el debate, es reabrir la discusión sobre el objeto del TNP: si se trata solamente de evitar la proliferación nuclear más allá de las cinco potencias nucleares reconocidas (lo que plantea problemas en relación con otras potencias nucleares *de facto* como la India, Pakistán o Israel) o, si, por el contrario, la congelación del número de EPAN era un paso provisional y transitorio en tanto las circunstancias permitieran una negociación de desarme nuclear total y, habiendo cambiado sustancialmente dichas circunstancias, las negociaciones previstas en el art. VI se constituyen también en un objetivo prioritario del TNP.

Lo que está sobre la mesa es la cuestión de si, ahora, las potencias nucleares están dispuestas a renunciar a tales armas, como han hecho la inmensa mayoría de países. La respuesta afirmativa de cada uno de esos Estados es hoy precisamente la condición *sine qua non* para acreditar que existe *buena fe* en las negociaciones para el desarme nuclear y, en definitiva, para acreditar el cumplimiento del art. VI del TNP.

Algo de esto parece querer indicar la Corte Internacional de Justicia, cuando, sin haber sido requerida para ello ⁵⁰, buscó una salida a su opinión consultiva en torno a dicho art. VI. La obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear es calificada, de manera absolutamente clara, como «una obligación de lograr un resultado concreto», consistente en «el desarme nuclear en todos sus aspectos»; obligación que «sigue siendo un objetivo de importancia capital para la totalidad de la comunidad internacional» ⁵¹. Tal consideración quedó incorporada en el párrafo F de su decisión, en que, por unanimidad señaló que:

«Existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un estricto y eficaz control internacional» ⁵².

Con ello la Corte ha dado un espaldarazo muy significativo a la interpretación dominante entre los Estados no poseedores de armas nucleares, en el marco del TNP ⁵³.

⁵⁰ Y «para descargar su mala conciencia en cuanto a los aspectos centrales de su opinión consultiva», como precisa el profesor PASTOR RIDRUEJO, «El uso del arma nuclear...», *op. cit.*, p. 86.

⁵¹ CIJ, opinión consultiva, paras. 98-103.

⁵² CIJ, opinión consultiva, § 105, 2), F.

⁵³ Véase el comentario de este aspecto en M. P. POZO SERRANO, «El alcance de la obligación de negociar un desarme nuclear total según la opinión consultiva de la CIJ de 8 de julio

No obstante, el seguimiento de las decisiones de los respectivos gobiernos y de los órganos de la OTAN, en particular la nueva estrategia adoptada con ocasión de su cincuenta aniversario y los documentos aprobados posteriormente por el Consejo Atlántico ⁵⁴, y también de los argumentos ante la CIJ parecen indicar, con claridad, que no existe por parte de las potencias nucleares, empezando por “las nuestras”, la menor intención de renunciar a las armas nucleares a corto o medio plazo.

Se dice, en lo que puede ser calificado como una exhibición de cinismo, que ahora el peligro radica en que otros Estados gobernados por irresponsables, puedan obtener sus propias armas nucleares. La irresponsabilidad es, por supuesto, un atributo que solamente se predica de los demás y, muy curiosamente, especialmente de países no poseedores de armas nucleares que han firmado el TNP y no de los que no lo han hecho, como Israel, India o Pakistán.

En este orden de ideas, incluso el argumento de la posibilidad de utilizar las armas nucleares «en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado», tan vinculado a la misma existencia del Estado y susceptible de ser esgrimido en cualquier contexto histórico, en cualquier tiempo o lugar, supone el reconocimiento implícito de la ausencia de la citada buena fe.

Porque aún si aceptamos la presunción de que los gobernantes ajenos, por lo menos en el caso de los gobernantes de Estados no democráticos, serán necesariamente más irresponsables que los nuestros, la cuestión de fondo es el argumento por el cual unas potencias pueden

de 1996», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares...*, *op. cit.*, pp. 255-262.

⁵⁴ «Pero para proteger la paz y prevenir la guerra o cualquier forma de coerción, la Alianza mantendrá en el futuro previsible una combinación apropiada de fuerzas nucleares y de fuerzas convencionales con base en Europa al nivel que sean necesario, aunque debe tratarse del mínimo nivel suficiente. Teniendo en cuenta la diversidad de riesgos a los que podría verse enfrentada, la Alianza debe mantener las fuerzas necesarias para asegurar una disuasión creíble y estar en condiciones de elegir entre una amplia de respuestas convencionales. Pero sus fuerzas convencionales no pueden por sí solas garantizar una disuasión creíble. Las armas nucleares aportan una contribución única y hacen incalculables e inaceptables los riesgos que comportaría una agresión contra la Alianza. Continúan pues siendo indispensables para el mantenimiento de la paz». (p. 46). Y más adelante: «El objetivo fundamental de las fuerzas nucleares de los Aliados es político: preservar la paz y prevenir la coerción así como toda forma de guerra. Continuarán jugando un papel esencial manteniendo a cualquier agresor en la duda en cuanto a la forma con la que los Aliados responderían en caso de agresión militar. Demuestran que una agresión, cualquiera que sea su forma, no es una opción racional. La garantía suprema de la seguridad de los Aliados es aportada por las fuerzas nucleares estratégicas de la Alianza, en particular las de los Estados Unidos; las fuerzas nucleares independientes del Reino Unido y de Francia, que tienen su propia función de disuasión, contribuyen a la disuasión global y a la seguridad de los Aliados» (par. 62.) Fragmentos del Concepto Estratégico de la Alianza, aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno participantes en la reunión del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Washington los días 23 y 24 de abril de 1999.

mantener sus armas nucleares, en virtud del derecho a defenderse de las amenazas reales o figuradas, haciendo de paso una contribución a la estabilidad mundial y, en cambio, se niega el mismo derecho a los demás Estados que, en caso de conseguir la posesión de armas nucleares —se dice— se convertirán en una amenaza para la seguridad mundial.

Como sostiene el magistrado Weeramantry, «no puede haber un derecho para los poderosos y otro para los demás. Ningún ordenamiento interno aceptaría un principio de esta índole y menos puede hacerlo un sistema internacional basado en la igualdad»⁵⁵. O como señala el magistrado Shahabuddeen «resulta difícil comprender cómo lo que es inalienable para algunos Estados es alienable para otros»⁵⁶.

Más aún, nos encontraríamos con la inmensa paradoja de que los Estados que han renunciado por vía convencional a las armas nucleares no podrían recurrir a ellas para su legítima defensa; derecho que conservarían intacto los Estados que no han querido ser Partes en el TNP⁵⁷.

Pero lo grave de este argumento no es tanto que resulta insostenible a largo plazo desde un punto de vista ético o jurídico. Sino porque políticamente conduce a fomentar justamente lo que se trata de evitar —la proliferación nuclear— y, en consecuencia, el incremento de la probabilidad de que, efectivamente, algún Estado se sienta suficientemente amenazado como para encontrarse en la tesitura de tener que decidir sobre el uso de armas nucleares. Pone en peligro no solamente la continuidad del régimen de no proliferación de las armas nucleares, sino también el de la prohibición de las armas biológicas y químicas. Pone en peligro, en definitiva, la seguridad internacional.

4. CONSIDERACIONES FINALES: EN TORNO A LA JERARQUÍA DE VALORES Y NORMAS EN DERECHO INTERNACIONAL

Puede decirse que los valores constituyen los grandes parámetros en virtud de los cuales un grupo humano fundamenta su organización social en un momento histórico dado. En el plano jurídico, los valores orientan los criterios a través de los cuales se juzga qué intereses deben ser colocados en posición de preeminencia, qué intereses deben ser protegidos jurídicamente y hasta qué punto; los valores fijan, en esa medida, la traducción concreta de la idea abstracta de justicia, tal como es

⁵⁵ Apartado 4 de la Parte V de su opinión disidente.

⁵⁶ Véase la Parte V de su opinión disidente.

⁵⁷ En el mismo sentido, P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «¿Podría ser proporcional el arma nuclear?», *op. cit.*, p. 132.

sentida por el grupo social, en definitiva por los individuos que lo componen; los valores, en suma, dotan de coherencia y facilitan la configuración sistemática del ordenamiento jurídico.

La sociedad internacional de Estados ha constituido un sistema liberal que carece de una visión propia de justicia. La independencia de cada Estado, su capacidad autónoma para organizarse y actuar en el plano internacional y su igualdad formal frente a los demás, como elementos fundamentales para garantizar su propia existencia, y una voluntad deliberada de desregulación, que ha permitido a cada Estado buscar la satisfacción de sus intereses, incluida su seguridad, a través de sus propios medios, son los valores dominantes del sistema originario de Estados y, en buena medida todavía, de la actual Sociedad internacional.

La segunda mitad del siglo xx ha marcado un proceso de tránsito entre esos valores que caracterizaban la tradicional sociedad internacional de Estados y los que tratan de emerger como fundamento de una nueva sociedad internacional, ahora también influida por la acción de múltiples organizaciones internacionales, dotadas de su propia autonomía intelectual y funcional, y por la irrupción de los intereses de las personas, potenciados por la aparición de distintas formas de redes transnacionales de opinión y de acción. Nueva sociedad en que han pugnar por consolidarse nuevos valores —o nuevas interpretaciones de antiguos valores— que se orientan directamente a la defensa de intereses de las personas; valores que responden a una lógica distinta a la de los intereses estatales y que pueden entrar en contradicción con ellos.

Estos valores, en tanto que valores —por primera vez— propios del conjunto social, tienen vocación de ser la base de la universalidad del Derecho internacional y, por tanto, no es descartable que debieran llegar a prevalecer sobre cualquier otro, incluida la supervivencia o preservación formal de un Estado. Esto, que dicho en abstracto, puede parecer excesivo, no está tan alejado de la realidad de las disyuntivas de algunos de los conflictos concretos de nuestro tiempo.

Los principios que la Carta de las Naciones Unidas enuncia en su art. 2 y en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, a los que hay que añadir el del respeto de la dignidad humana, son los enunciados jurídicos que traducen la conversión de los valores en pautas generales de conducta obligatoria, aceptadas por los Estados. De ahí la especial importancia que se atribuye a dichos principios en el ordenamiento jurídico internacional. Son principios fundamentales que reflejan, en mayor o menor medida, el consenso general del grupo social.

Se podría pensar que nuestro problema es meramente técnico-formal; que cuando dos normas consideradas imperativas, como pueden

ser el derecho de un Estado a su supervivencia, como componente de su soberanía, y el respeto a los principios del Derecho internacional humanitario, colisionan entre sí, el Derecho internacional actual no parece tener todavía respuesta. En ese plano cabe aducir que del carácter inmanente del derecho a la legítima defensa de un Estado en caso de ser agredido, no se deduce necesariamente un derecho a la legítima defensa con armas nucleares, puesto que, como la Corte reconoce, no se trata de un derecho absoluto o carente de límites. Las colisiones entre principios jurídicos deben modularse en cada caso concreto ⁵⁸.

Pero hay también otro aspecto del problema, de carácter político-jurídico. La sociedad internacional se asienta sobre una superposición de valores tradicionales profundamente asentados y otros emergentes, todavía débilmente formalizados, con lo que la existencia de potenciales contradicciones entre unos y otros da lugar, en el plano jurídico, a un desfase sustancial entre la proclamación de algunos de ellos y la defensa coherente de los mismos y, en el límite, a plasmaciones de algunos de ellos que pueden socavar la virtualidad de otros.

Los problemas que trato de apuntar se pueden ver mejor si nos desplazamos al plano de las normas jurídicas que prescriben los comportamientos dirigidos a la promoción de los valores. Por ejemplo, en el plano interestatal el valor Seguridad, entendido en términos militares, significa la garantía de que no será ejercida la fuerza contra la soberanía y la integridad territorial del propio Estado. Sin embargo se admite que es lógicamente compatible con el desarrollo de una capacidad militar lo más poderosa posible y con el máximo aprovechamiento de los beneficios derivados de la exportación de armamentos. En cambio, un concepto de seguridad, incluso en el estrecho sentido de seguridad militar, desde una perspectiva que relativice el interés estatal y se oriente al interés general, tendería a reducir al máximo la capacidad ofensiva de los ejércitos estatales y a eliminar la producción y la exportación del máximo número de armas, empezando por las que tienen más graves consecuencias. La prohibición de las armas químicas o biológicas o, más recientemente, el de las minas antipersonal, muestra la incidencia de este tipo de planteamientos; la situación de las armas nucleares muestra justamente la contradicción entre uno y otro enfoque.

Cualquier intento de construir una sociedad internacional estable y un Derecho internacional universal debe establecer unos parámetros

⁵⁸ Como señala la magistrada Higgins: «la función judicial consiste precisamente en tomar los principios de aplicación general, interpretar su significado y aplicarlos a situaciones concretas»; opinión disidente, § 32.; igualmente, «la función del juez consiste precisamente en definir, entre dos o más normas en conflicto, cuál es la aplicable en las circunstancias particulares del caso», *ibid.*, § 40.

que permitan una ponderación real de los distintos valores y los hagan, en esa medida, realmente eficaces. Si las contradicciones entre ellos se resuelven en favor de la mera efectividad o, en otros términos, de una tácita jerarquía superior de algunos de ellos más consolidados, el resultado es que los otros pueden debilitarse hasta quedar reducidos al plano formal o no pasar de él. Puede llegar un momento en que no sea posible, para el sistema jurídico, afirmarlos todos a la vez y en la misma medida; por ejemplo afirmar, a la vez, la seguridad nacional sin límites y la seguridad internacional.

Con su decisión de 8 de julio de 1996, la Corte perdió una oportunidad histórica para adentrarse en uno de los aspectos centrales para la sociedad y el Derecho internacional: la posición jerárquica que ocupa en el Derecho internacional la dignidad humana como valor y los principios de Derecho internacional humanitario, en tanto que mecanismos para su formalización jurídica, o, en otras palabras, la relación entre intereses generales de la Sociedad internacional y intereses particulares de un Estado soberano o, si se prefiere, entre seguridad nacional y seguridad internacional. No pronunciarse sobre esa prioridad en términos jurídicos significa forzosamente considerar aceptable o por lo menos resignarse a que unos primen *de facto* sobre los otros.

Y ello aunque la Corte no pueda resolver mediante el Derecho lo que la Sociedad internacional no tiene todavía resuelto.