



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO
Y LAS ARMAS NUCLEARES.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

PAULINA URRRA MONTERO

**Profesora guía:
ANA MARIA MOURE**

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

I.- RESUMEN.....	7
II.- INTRODUCCIÓN	11
III.- CAPÍTULO PRIMERO. Derecho Internacional Consuetudinario.....	15
1.1 Concepto y elementos del derecho internacional consuetudinario.....	15
1.1.1 Elemento objetivo o material.....	16
1.1.2 Elemento subjetivo u <i>opinio juris</i>	17
1.2 Fundamento del derecho internacional consuetudinario.....	18
1.3 Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario.....	19
1.3.1 Rol de otras fuentes de DIP en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario.....	20
1.3.1.1 Tratados internacionales.....	21
1.3.1.2 Decisiones judiciales.....	22
1.3.1.3 Doctrina.....	22
1.3.1.4 Resoluciones de organizaciones internacionales.....	23
1.3.1.5 Actos unilaterales de los Estados.....	24
1.4 El Derecho Internacional Consuetudinario y el rol de las organizaciones e instancias internacionales.....	26
IV.- CAPÍTULO SEGUNDO. Derecho Internacional Convencional y las armas nucleares.....	29
2.1 Las armas nucleares y la doctrina de la disuasión nuclear.....	29
2.2 Regulación de las armas nucleares por el derecho internacional convencional.....	31
2.2.1 Tratados internacionales generales.....	31
2.2.1.1 Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares.....	31

2.2.1.1.1 Artículo VI y la obligación de negociar de buena fe medidas encaminadas de desarme nuclear.....	33
2.2.1.2 Tratado sobre la Prohibición de Ensayos con armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y debajo del agua.....	36
2.2.1.3 Tratado sobre la prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y subsuelos.....	37
2.2.1.4 Tratado sobre la Prohibición Completa de ensayos nucleares.....	38
2.2.1.5 Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares.....	39
2.2.2 Tratados regionales.....	41
2.2.2.1 Tratado Antártico.....	42
2.2.2.2 Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.....	43
2.2.2.3 Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes.....	44
2.2.2.3 Tratado para la prohibición de las armas nucleares en América Latina y el Caribe.....	45
2.2.2.4 Tratado de la Zona Libre de armas nucleares en el Pacífico Sur.....	46
2.2.2.5 Tratado de la Zona Libre de Armas Nucleares del Sudeste Asiático.....	48
2.2.2.6 Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África.....	49
2.2.2.7 Tratado de la Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central.....	50
2.2.3 Acuerdos y otras medidas bilaterales.....	51
2.3 Otros tratados internacionales relacionados con las armas nucleares.....	53
2.3.1 Armas prohibidas.....	54
2.3.2 Derecho Internacional Humanitario.....	55
2.3.3 Derecho del uso de la fuerza.....	57
2.3.4 Derechos Humanos.....	59
2.3.5 Derecho Penal Internacional.....	60
2.3.6 Derecho Internacional del Medio Ambiente.....	62

V.- CAPÍTULO TERCERO. Derecho Internacional Consuetudinario y las armas nucleares..... 65

3.1 Regulación de las armas nucleares por el Derecho Internacional Consuetudinario.....	65
3.1.1 Control de armamentos.....	65
3.1.1.1 Obligación de negociar de buena fe y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear.....	66
3.1.1.2 Prohibición de realizar ensayos nucleares.....	70
3.1.1.2.1 Prohibición de realizar ensayos nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua.....	72
3.1.1.2.2 Obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor.....	73
3.1.1.2.3 Obligación de negociar de buena fe encaminadas al desarme nuclear.....	75
3.1.1.2.4 Normas consuetudinarias de Derecho Internacional del Medio Ambiente....	76
3.1.1.3 El uso exclusivamente pacífico de la Antártica.....	77
3.1.2 Derecho Internacional Humanitario o <i>ius in bello</i> y los principios elementales de humanidad	79
3.1.2.1 Prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios.....	80
3.1.2.2 Prohibición de ataques indiscriminados.....	81
3.1.2.3 Prohibición de atacar a civiles y bienes civiles.....	82
3.1.2.4 Inviolabilidad del territorio de un Estado neutral.....	83
3.1.2.4 Clausula Martens.....	84
3.1.3 Derecho del uso de la fuerza, la excepción de legítima defensa y las contramedidas.....	86
3.1.3.1 Legítima defensa anticipada y legítima defensa preventiva contra la amenaza nuclear.....	87
3.1.3.2 Las medidas armadas contra la amenaza nuclear.....	88
3.1.3.3 Las contramedidas ante la proliferación nuclear o ante incumplimientos de compromisos sobre desarme nuclear.....	89

3.1.4 Derecho Internacional del Medio Ambiente y la regla de no dañar.....	91
3.1.5 Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho a la vida.....	92
3.2. ¿El Derecho Internacional Consuetudinario prohíbe expresamente el uso o amenaza de armas nucleares?.....	94
3.2.1 Los Estados poseedores de armas nucleares como objetores persistentes.....	100
3.3 Las armas nucleares y los principios estructurales de Derecho Internacional Público.....	104
VI.- CONCLUSIONES.....	109
VII.- BIBLIOGRAFÍA.....	113

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio de las normas de derecho consuetudinario aplicables a las armas nucleares, así como el análisis de temas particularmente controvertidos en materia nuclear, a saber, la legítima defensa preventiva ante la amenaza nuclear, las medidas armadas contra la amenaza nuclear y las contramedidas ante la proliferación nuclear o ante el incumplimiento de compromisos sobre desarme nuclear. Para ello, comenzaremos analizando la costumbre internacional como fuente autónoma de derecho internacional; seguiremos con el análisis del derecho internacional convencional aplicable a las armas nucleares y finalizaremos con el estudio de las normas de derecho consuetudinario que regulan las distintas actividades relacionadas con las armas nucleares. El análisis comparativo del derecho convencional y consuetudinario nos permitirá abordar la problemática en torno a la situación jurídica de las armas nucleares en el derecho internacional, habida cuenta de la amplia discusión en torno a la legalidad o ilegalidad del recurso a ellas en circunstancias de conflicto armado.

*“Esta Tierra, que nació de una explosión
atómica, también puede ser destruida por
las bombas atómicas”*

Karl Jaspers.

INTRODUCCIÓN

En el año 2014, Islas Marshall demandó ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) a todos los Estados poseedores de armas nucleares por incumplimiento de la obligación convencional y consuetudinaria de negociar de buena fe y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear. Aunque Islas Marshall advirtió expresamente que no pretendía abrir el debate sobre la situación jurídica de las armas nucleares a la luz del Derecho Internacional Público (en adelante DIP), fue inevitable que el tema regresara para incomodar a algunos y reavivar la postura antinuclear de otros.

Lo cierto es que entrar a revisar cualquier asunto relacionado con las armas nucleares no es una tarea para nada pacífica. Hay un álgido dilema en torno a lo que dice o no el DIP. Las armas nucleares son públicamente rechazadas por la comunidad internacional y ese rechazo se ha visto plasmado en el preámbulo de casi todos los tratados internacionales sobre la materia, desde el Tratado de No Proliferación Nuclear (en adelante TNP) hasta el Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares (en adelante TPAN). Mediante términos tales como “terribles” o “catastróficas consecuencias humanitarias”, los Estados han manifestado su rechazo casi absoluto a la existencia de dichas armas. Solo un puñado de países posee actualmente armas nucleares y pretende justificar dicha posesión en base a la cuestionable doctrina de la disuasión nuclear. Para el resto de la comunidad internacional, las armas nucleares socavan la estabilidad internacional y mantienen a la humanidad bajo una sentencia de muerte.

No obstante, mientras las armas biológicas o las químicas se encuentran expresamente prohibidas, las armas nucleares, las más destructivas jamás inventadas, continúan amenazando a la humanidad. Pese al rechazo generalizado, las armas nucleares no están prohibidas expresamente porque el TPAN no ha entrado en vigor todavía y los Estados nucleares se niegan a firmarlo. Ahora, eso no quiere decir que el DIP no tenga nada que decir respecto al uso o la posesión de armas nucleares. Según veremos, además de los tratados internacionales y normas consuetudinarias que regulan expresamente las armas nucleares, el DIP contempla también otras normas, particularmente de derecho consuetudinario, que establecen importantes limitaciones al uso, la posesión, la proliferación o la realización de explosiones nucleares. Ya la CIJ advirtió

en el año 1996 que había al menos tres áreas del DIP que regulaban las armas nucleares y los partidarios de la ilegalidad del uso de armas nucleares añadieron otras tantas, como los Derechos Humanos (en adelante DDHH), el Derecho Penal Internacional o el Derecho Internacional del Medio Ambiente. Todos estos regímenes internacionales contemplan a su vez normas de derecho internacional consuetudinario aplicables a las armas nucleares, ya sea porque fueron codificadas en un tratado o bien porque se consolidaron a partir de una norma convencional o consuetudinaria.

El propósito de nuestro trabajo se orienta precisamente al estudio de las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables a las armas nucleares, así como el análisis de algunos temas particularmente controvertidos en materia nuclear, tales como el ejercicio de la legítima defensa preventiva ante amenazas nucleares o la legalidad o ilegalidad del uso de armas nucleares a la luz de las normas y principios de DIP. Como es obvio, no pretendemos agotar aquí la discusión en torno a estos y otros asuntos relacionados con las armas nucleares, sino solo ofrecer una perspectiva legal en base al análisis de la práctica estatal, la jurisprudencia y la doctrina.

Para nuestro objetivo, dividiremos el trabajo en tres capítulos. El capítulo Primero tendrá un carácter más bien introductorio y estará destinado a analizar el Derecho Internacional Consuetudinario como fuente formal de creación de normas jurídicas internacionales. En ese sentido, revisaremos someramente los elementos necesarios para su formación, su fundamento y el importante papel que desempeñan otras fuentes de DIP en la formación e identificación de sus normas, así como el rol que ocupan las instancias internacionales como medios para el desarrollo de la práctica estatal y la manifestación de opiniones sobre el DIP, lo que ciertamente contribuye al surgimiento de normas de derecho consuetudinario.

En el capítulo Segundo estudiaremos el derecho convencional aplicable a las armas nucleares, siguiendo para facilitar el trabajo la clasificación que hiciere la CIJ en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso o amenaza de armas nucleares, entre los tratados que regulan expresamente las armas nucleares o régimen de control de armamentos, el derecho de los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), el Derecho del

Uso de la Fuerza, y otras áreas del derecho convencional aplicables. Este estudio nos servirá tanto para la posterior identificación de las normas consuetudinarias que hubieren cristalizado o nacido a partir de un tratado internacional como para el análisis comparativo de la legislación aplicable a las armas nucleares, lo que ciertamente facilitará la tarea de revisar el estatus legal de estas a la luz del DIP.

En el capítulo Tercero abordaremos propiamente tal el derecho internacional consuetudinario aplicable a las armas nucleares. Del mismo modo que en el estudio del derecho convencional, nos guiaremos por la clasificación entre régimen de control de armamentos, DIH, Derecho del Uso de la Fuerza y otras áreas del DIP que contienen normas consuetudinarias aplicables a las armas nucleares. A propósito del Derecho del uso de la fuerza es que analizaremos tres situaciones particularmente controvertidas relacionadas con las armas nucleares, a saber, la legítima defensa preventiva ante la amenaza nuclear, las medidas armadas contra la amenaza nuclear y las contramedidas ante la proliferación nuclear o ante el incumplimiento de compromisos sobre desarme nuclear. La consolidación o no de una norma consuetudinaria que prohíba el uso o amenaza de las armas nucleares no será revisada a propósito del régimen de control de armamentos sino en un punto aparte, esto debido a la complejidad de la discusión. Finalizaremos este capítulo analizando las armas nucleares desde la perspectiva de los principios estructurales de DIP, esto en razón de que varias de las normas consuetudinarias aplicables a las armas nucleares son de hecho una expresión de tales principios.

A modo de conclusión, haremos una breve síntesis sobre la situación de las armas nucleares en el DIP, habida cuenta del análisis previo sobre las normas de derecho convencional y consuetudinario aplicables.

CAPÍTULO PRIMERO

Derecho Internacional Consuetudinario.

1.1 Concepto y elementos del derecho internacional consuetudinario.

Las fuentes en su sentido formal, son “*los procesos de creación, modificación o extinción de normas jurídicas internacionales*”¹. En palabras más sencillas, las fuentes son el derecho internacional aplicable y como tal son invocadas por los Estados en sus relaciones internacionales o aplicadas directamente por los tribunales internacionales.

El derecho internacional consuetudinario, o también llamado costumbre internacional, es la fuente más antigua de DIP y se caracteriza por ser una fuente esencialmente no escrita. El artículo 38 letra b) del Estatuto de la CIJ lo define, erróneamente, como “*la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*”. Decimos erróneamente porque la costumbre internacional no es la prueba de una práctica, sino que a través de la práctica es que se prueba la existencia de una costumbre internacional². Una mejor definición es la que nos ofrece Díez de Velasco, para quien el derecho internacional consuetudinario es “*la expresión de la práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada como derecho*”³

Con todo, ambas definiciones tienen en común que incorporan los elementos aceptados tradicionalmente como esenciales para la formación de la costumbre internacional, a saber, una práctica general y la aceptación de dicha práctica como obligatoria. El primer elemento es material, el segundo elemento es subjetivo y se conoce por su significado en latín como *opinio juris sive necessitatis*.

Para facilitar el estudio, analizaremos separadamente ambos elementos, centrándonos primero en el elemento material para luego abordar el elemento subjetivo.

¹ Díez de Velasco, M (2007) Instituciones de Derecho Internacional Público (16ª ed), Madrid, Tecnos, pg. 116

² Jiménez de Arechaga, E. & Arbuet Vignali, H. & Puceiro Ripoll, R. (2008) Derecho Internacional Público (1ª ed) Uruguay, FCU-Fundación de Cultura Universitaria, pg. 188.

³ Díez de Velasco, M. 2007. op.cit, pg. 134

1.1.1 Elemento material.

El primer requisito para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario es la existencia de una práctica general. Esta práctica puede consistir en actos materiales, en inacciones o abstenciones, como sería la abstención de recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza o de utilizar armas nucleares en el supuesto de una norma consuetudinaria sobre la prohibición de usarlas, o bien en actos verbales o escritos, como las declaraciones políticas, comunicaciones o cartas diplomáticas.⁴ Aunque se discute si los actos materiales tienen o no más valor para la constatación de una norma consuetudinaria que los actos verbales, lo cierto es que a veces los Estados manifiestan una determinada conducta casi exclusivamente por medio de declaraciones o documentos oficiales. En el caso de las armas nucleares, ningún Estado ha recurrido a ellas en más de cincuenta años, pero son múltiples las declaraciones o documentos oficiales en que estas han sido tratadas.

En rigor, el valor de la práctica como elemento constitutivo no radica tanto en la forma en que esta se manifiesta, sino en qué tan uniforme y representativa es. En ese sentido, la práctica no necesita ser exactamente igual, pero sí requiere cierta coherencia. Tampoco necesita que todos los Estados la acepten, aunque se estima que sí es relevante la práctica de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados y la de los Estados más influyentes de la comunidad internacional⁵. De nuevo, en el caso de las armas nucleares, algunos consideran que habría que poner especial atención a la práctica de los Estados poseedores de armas nucleares.

Ahora, como la práctica consiste en una repetición de actos, parece lógico exigir además que esta repetición se prolongue por un cierto periodo de tiempo. Para la CIJ, el factor tiempo es ciertamente relevante, aunque no es un elemento esencial para la formación de la costumbre internacional. Dependiendo de la materia o asunto de qué trate, la práctica podría requerir un mayor o menor lapso de tiempo para consolidarse en una norma consuetudinaria.

⁴ A/CN.4/672, pg. 21.

⁵ Nuclear Tests (Australia v. France), fallo, I.C.J. Reports 1974, pg. 253

1.1.2 Elemento subjetivo u *opinio juris*.

El segundo elemento necesario para la formación de una norma consuetudinaria es lo que se denomina comúnmente como *opinio juris sive necessitatis*. Una práctica uniforme y seguida por la generalidad de los Estados no es suficiente si no viene acompañada de una *opinio juris*, es decir, de la aceptación de dicha práctica como derecho. La conducta, como precisa Jiménez de Arechaga, debe realizarse con la convicción de que es obligatoria desde el punto de vista jurídico⁶. Esto es esencial porque permite diferenciar una norma consuetudinaria de los meros usos o cortesías que se dan en las relaciones internacionales.

Ahora, la aceptación de la obligatoriedad de una práctica puede ser difícil de identificar, en especial porque no siempre los Estados manifiestan públicamente sus verdaderas posturas sobre lo que creen que es o debe ser el derecho consuetudinario. A veces, los intereses políticos involucrados los llevan a eludir pronunciarse sobre su propia conducta o la de terceros Estados desde el punto de vista legal, o bien a hacerlo, pero no necesariamente como expresión de una *opinio juris*, sino más bien por pura conveniencia política⁷. La CIJ en el caso de Asilo (Colombia vs Perú) ya advirtió el riesgo de confundir estas motivaciones políticas subyacentes a alguna decisión con expresiones de *opinio juris*⁸.

Por lo demás, aun cuando un Estado se comporte de conformidad a una supuesta norma consuetudinaria, no significa que acepta dicha norma como obligatoria. Así, por ejemplo, que los Estados no hayan recurrido a las armas nucleares en más de cincuenta años no implicaría necesariamente la aceptación de una norma consuetudinaria sobre la ilegalidad del uso de armas nucleares. En ese sentido, aunque la conducta de los Estados sí puede servir como indicio, no es determinante para la constatación de una *opinio juris*.

⁶ Jiménez de Arechaga, E & Arbuet Vignali, H & Puceiro Ripoll, R. (2008). op.cit, pg. 186.

⁷ Etienne, H. (2017) Alleged acquiescence of the international community to revisionist of international customary law (with special reference to the jus contra bellum regime), Melb. J. Int'l, pg. 292

⁸ Vease Colombian-Peruvian Asylum. (1950) ICJ Reports, pg. 277.

1.2 Fundamento del Derecho Internacional Consuetudinario.

Según revisamos, para la formación de una norma de derecho consuetudinario no se requiere la aceptación de todos los Estados. El fundamento de la costumbre internacional, entonces, no radica en el consentimiento particular de los Estados, si no en que la generalidad de la comunidad internacional acepte una práctica como derecho⁹.

Ahora, esto no quiere decir que un Estado no pueda impedir que una norma consuetudinaria le sea aplicable. La figura del **objedor persistente o Estado recalcitrante** implica precisamente que, si un Estado se opone sistemáticamente a una práctica que está en vías de desarrollar una norma consuetudinaria, puede evitar que esta le sea aplicable cuando finalmente la práctica se consolide¹⁰. La norma consuetudinaria de todos modos existirá, pero no le será oponible.

En general, la regla del objedor persistente es bastante reconocida por la doctrina y la CIJ, así como por otros tribunales internacionales y nacionales. En el caso sobre Asilo entre Colombia y Perú, por ejemplo, la CIJ concluyó en su fallo que *“incluso si se pudiera suponer la existencia de tal costumbre solo entre ciertos Estados de América Latina, no podría invocarse contra el Perú, que, lejos de haberse adherido a ella a resueltas de su actitud, la ha, por el contrario, repudiado”*¹¹.

Sin embargo, pese a que se reconoce su existencia, la norma no ha sido demasiado tratado por la doctrina ni por la jurisprudencia, de modo que hay bastantes dudas en torno a qué actitud exactamente debe tomar o sobre qué tan persistente debe ser el Estado que se opone a la formación de una costumbre. De hecho, en el caso de las armas nucleares, ningún Estado nuclear ha recurrido a ellas en más de cincuenta años y, salvo por Corea del Norte, ninguno ha realizado

⁹ Como observó la CIJ en su fallo sobre el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte: “las normas de derecho internacional consuetudinario general por su propia naturaleza deben tener la misma fuerza para todos los miembros de la comunidad internacional, y, por lo tanto, no pueden ser objeto de ningún derecho de exclusión unilateral ejercitable a su voluntad y en su favor por cualquiera de ellos” (Véase North Sea Continental Shelf, fallo, I.C.J. Reports 1969, párr. 63, pg. 38 y 39)

¹⁰ A/CN.4/682 (2015) párr. 85, pg. 67

¹¹ Colombian-Peruvian Asylum case, supra note 8, pg. 277 y 278.

tampoco ensayos nucleares en los últimos veinte años, pero ¿sería factible concluir que por esa razón no habría realmente un objetor persiste respecto de una norma consuetudinaria que prohíba el uso de las armas nucleares o la realización de ensayos nucleares?

1.3 Formación y prueba del Derecho Internacional Consuetudinario.

La concurrencia de los dos elementos ya revisados es lo que da origen al derecho internacional consuetudinario. Aunque algunos expertos postulan la idea de que la costumbre internacional no requeriría forzosamente la concurrencia de ambos elementos y que habría normas consuetudinarias ampliamente reconocidas en las que el elemento de la práctica estatal no sería determinante, como ocurriría con los DDHH¹², lo cierto es que de momento la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria se inclinan todavía por la teoría clásica adoptada por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

Por ende, el Estado que invoca una norma de derecho internacional consuetudinario requiere necesariamente probar la existencia de una práctica generalmente aceptada como derecho. En el caso de la práctica, es posible identificarla través de actos materiales y detectables o bien a través de actos verbales o escritos, como las correspondencias diplomáticas, declaraciones públicas, manuales oficiales sobre asuntos jurídicos como son los manuales militares o las estrategias de seguridad nacional, la legislación nacional, los preámbulos de tratados, o los actos y resoluciones de ciertas organizaciones internacionales¹³.

En cuanto a la *opinio juris*, aunque una declaración explícita de un Estado en el sentido de que una supuesta norma es o no obligatoria constituye la mejor prueba de la existencia o ausencia de una “aceptación como derecho”¹⁴, existen también otros modos en que puede ser probada. Por ejemplo, los diversos tratados destinados a limitar o restringir el recurso a las armas nucleares suelen ser invocados como prueba de una *opinio juris* sobre la ilegalidad de las armas

¹² Petersen, N. (2007) Customary law without custom? Rules, principles and the role of State practice in International norm creation. *American University International Law Review* 23(2), pg. 283

¹³ A/CN.4/682, 2014, pg. 23

¹⁴ Jevglevskaja, N. (2018) Weapons review obligation under Customary International Law. *International Law Studies*, 94(1), pg. 204.

nucleares. La forma en que una conducta se desarrolla también puede arrojar indicios acerca de la opinión sobre la obligatoriedad de esa conducta. Las notas diplomáticas, las opiniones de los asesores jurídicos de los gobiernos, la legislación nacional, las publicaciones oficiales sobre cuestiones de derecho, o las resoluciones de órganos de ciertas organizaciones internacionales como la Asamblea General (en adelante AG) o el Consejo de Seguridad (en adelante CS), sirven igualmente para constatar si una práctica se tiene o no como obligatoria.

En general, la misma clase de actos o documentos que sirven para probar una práctica son útiles también para acreditar una aceptación como derecho. De cualquier modo, la rama del derecho de que trate la supuesta norma consuetudinaria probablemente haga necesario una u otra prueba en particular para constatar una práctica o una *opinio juris*.

1.3.1 Rol de otras fuentes de DIP en la formación e identificación del Derecho Internacional Consuetudinario.

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ enumera otras dos fuentes de DIP además de la costumbre internacional: los tratados internacionales y los principios generales de derecho. A reglón seguido menciona lo que la doctrina denomina como fuentes subsidiarias de DIP: las decisiones judiciales y la doctrina. Finalmente, la equidad o *ex aequo bono* es nombrada en un párrafo aparte como fuente solo en caso de que los Estados así lo convengan. Esta enumeración, sin embargo, no pretende ser taxativa. La evolución experimentada por el DIP ha dado pie al surgimiento de otras fuentes, tales como los actos jurídicos unilaterales de los Estados, que en realidad crean derechos y/o obligaciones internacionales y no particularmente normas jurídicas de aplicación general, o las resoluciones de ciertas organizaciones internacionales.

Ahora bien, algunas de estas fuentes, sean autónomas o subsidiarias, desempeñan un rol particularmente relevante en la formación e identificación del derecho internacional consuetudinario. Para la jurisprudencia y un amplio sector de la doctrina, los tratados internacionales, las decisiones judiciales, la doctrina, las resoluciones de organizaciones internacionales o los actos jurídicos unilaterales pueden contribuir a la formación de una norma

consuetudinaria o servir como prueba para su identificación. Seguidamente, revisaremos por separado el papel de estas fuentes.

1.3.1.1 Tratados internacionales.

El derecho internacional consuetudinario se identifica cada vez más con el derecho escrito. Esto se debe principalmente al intenso proceso de codificación por el cual varias normas consuetudinarias han sido plasmadas en tratados internacionales. Sin embargo, los tratados internacionales no solo ponen por escrito el derecho consuetudinario, también pueden cristalizar una norma consuetudinaria ya existente o dar origen a una norma consuetudinaria totalmente nueva, lo que ocurre generalmente porque los Estados luego adoptan una práctica acorde con una o más disposiciones de un tratado¹⁵.

Además de contribuir a su formación, los tratados internacionales también pueden ser prueba de la existencia de una norma consuetudinaria. Según ha señalado la CIJ, que un Estado firme, ratifique o aplique uno o más tratados bilaterales o multilaterales sobre alguna materia en particular es un indicio de una práctica estatal y puede que también de una aceptación como derecho, aunque en este caso, los Estados necesariamente deben estimar que la o las normas contenidas en el tratado son vinculantes con independencia del tratado. Se dice que también es relevante para la constatación de una *opinio juris* que los Estados especialmente afectados firmen un tratado y el contenido de las reservas en caso de que las formulen. En ese sentido, el tratado y las reservas puede servir tanto para probar la existencia como la inexistencia de una *opinio juris*. Así, por ejemplo, en el caso de las armas nucleares, algunos de los Estados que firmaron los protocolos adicionales a los tratados de desnuclearización formularon reservas acerca de su derecho de recurrir a las armas nucleares en caso de legítima defensa, lo que para algunos sería una prueba de la ausencia de una *opinio juris* sobre la ilegalidad del uso de armas nucleares.

¹⁵ Jiménez de Aréchaga llama a la relación entre la costumbre y los tratados como “efectos” y señala precisamente tres: efecto declarativo, en que un tratado declara una norma consuetudinaria, cristizador, en que una norma consuetudinaria se consolida en un tratado y por último, efecto generador, en que una costumbre nace a partir de la práctica posterior y uniforme de una o más de las disposiciones de un tratado. (Jiménez de Aréchaga, E. 1980. Derecho Internacional Contemporáneo. Tecnos, Madrid, pg. 19 y ss)

1.3.1.2 Decisiones judiciales.

Las decisiones judiciales son mencionadas por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ como fuente auxiliar de DIP¹⁶. Eso quiere decir que en lugar de crear normas internacionales, contribuyen a la identificación o determinación del derecho internacional que se genera a partir de otras fuentes, como los tratados internacionales, la costumbre internacional o los principios generales de derecho.

La doctrina mayoritaria está de acuerdo en que el término “decisiones judiciales” alude tanto a la jurisprudencia de los tribunales nacionales como de los internacionales, aunque la forma en que se relacionan con el derecho internacional consuetudinario varía de una a otra. Sobre la jurisprudencia nacional, se dice que puede ser tanto prueba de una práctica estatal como mecanismo para la determinación del derecho internacional consuetudinario. En el caso de la jurisprudencia internacional, aunque ciertamente no constituye práctica ni *opinio juris*, sí se reconoce ampliamente el papel que desempeñan en la interpretación o identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario¹⁷. La opinión consultiva de la CIJ sobre la legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares, por ejemplo, aun cuando no se pronunció sobre el asunto principal sí arrojó importantes pistas sobre el derecho internacional consuetudinario aplicable a las armas nucleares.

1.3.1.3 Doctrina.

Además de las decisiones judiciales, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ menciona a “*las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*” como medio auxiliar para la determinación del derecho internacional aplicable. Esto quiere decir, como ya

¹⁶ Para Pastor Ridruejo, las decisiones judiciales, y en particular la jurisprudencia de la CIJ, serían en realidad fuente autónoma, esto debido a la actitud que el tribunal de la Haya ha tomado respecto de su propia jurisprudencia, pues no ha tenido “el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por el construidas y que invoca no ha título de principios generales de derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia” (Pastor Ridruejo, J (2009) Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 13ª ed., Madrid, Tecnos.pg. 83)

¹⁷ A/CN.4/682, 2015, pg. 49.

vimos, que la doctrina no crea normas jurídicas internacionales, sino que contribuye a su identificación o bien a precisar su contenido.

En el caso de las normas de derecho internacional consuetudinario, la doctrina desempeña un rol relevante como medio auxiliar, principalmente por la evidente dificultad que supone identificar y precisar el contenido de normas esencialmente no escritas. Aunque, según advierte Jiménez Piernas *“la proliferación de las aportaciones doctrinales hace más difícil seleccionar aquellas que posean la suficiente competencia”*¹⁸, no se puede desconocer que las agrupaciones de publicistas de alto prestigio, como la Asociación de Derecho Internacional (en adelante ILA) o el Instituto de Derecho Internacional (en adelante IDI), ofrecen un rico material para la determinación no solo del derecho internacional consuetudinario sino del DIP en general, así como de su aplicación en diversos asuntos de relevancia internacional, entre los que se encuentran, por cierto, las armas nucleares. En el año 2014, por ejemplo, la ILA emitió un informe sobre los aspectos legales del desarme nuclear y puso atención al sentido del artículo VI del TNP y su posible consolidación como norma consuetudinaria. Otras asociaciones de especialistas, como la Asociación Internacional de Abogados contra las Armas Nucleares (en adelante IALANA), han emitido – y continúan haciéndolo – importantes publicaciones sobre las discusiones jurídicas en torno al uso o posesión de las armas nucleares.

1.3.1.4 Resoluciones de Organizaciones Internacionales.

Las organizaciones internacionales según señala Díez de Velasco pueden dictar resoluciones destinada a regular su propia organización interna, llamadas “reglas de organización”¹⁹, o intervenir en la formación de normas convencionales o consuetudinarias a través de la participación en tratados internacionales o en la etapa de formación de una costumbre internacional. Este último rol es el que nos interesa. Aunque se discute si las resoluciones de las organizaciones internacionales son fuente autónoma de normas de derecho internacional, cuestión en la que no nos detendremos, hay bastante acuerdo en el importante

¹⁸ Jiménez Piernas, C. (2011) Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea. Madrid: Tecnos, pg. 99

¹⁹ Díez de Velasco, M (2007), op.cit, pg. 129

papel que estas desempeñan en la prueba de una norma consuetudinaria o bien para darle impulso a una ya en formación. Después de todo, los Estados en la actualidad actúan cada vez más en la esfera internacional a través de las organizaciones internacionales que ellos mismos crean y a las que dotan de personalidad jurídica propia.

Eso sí, hay que tener cuidado al momento de asignarle valor normativo a una resolución de una organización internacional, esto porque se tratan de órganos esencialmente políticos y, por ende, las consideraciones políticas pueden ser determinantes en la aprobación de una resolución. En el caso particular de las resoluciones de la AG o el CS, señala M. D Oberg²⁰ que “*es posible que los Estados tengan razones para votar como lo hacen que no sean de índole jurídica, por ejemplo, razones morales, políticas o pragmáticas*”. Por lo mismo, la CIJ ya expresó una vez que resulta “*necesario observar el contenido y las condiciones que llevaron a su aprobación, así como si existe una opinio juris en lo que respecta a su carácter normativo*”²¹. Ahora, en caso de que una sola resolución, dada las circunstancias de su aprobación, pueda no ser suficiente para probar una *opinio juris*, se ha dicho que a partir de varias resoluciones sobre una materia es posible que evolucione una *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una norma consuetudinaria²². Esto es particularmente relevante en materia nuclear, después de todo la AG de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) ha emitido múltiples y reiteradas resoluciones condenando las armas nucleares y exhortando a los Estados a comprometerse con el desarme completo. Una *opinio juris* acerca de la ilegalidad del recurso a las armas nucleares podría haberse consolidado.

1.3.1.5 Actos unilaterales de los Estados.

De los informes sobre los actos unilaterales como fuente de DIP, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) a partir del año 1998, se ha concluido que, entre los diversos actos y comportamientos de los Estados, solo los llamados actos puramente unilaterales generarían obligaciones por sí mismos y podrían, por ende, ser una

²⁰ Véase M.D Oberg. (2006) The legal effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ. European Journal of International Law, 16, pg, 879 y 902.

²¹ A/CN.4/682, 2015, pg. 38

²² Idem.

fuerza autónoma de derecho internacional distinta de las señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. En ese sentido, Hugo Llanos nos da una definición de estos actos puramente unilaterales como “*aquellos que, siendo independientes de todo otro acto jurídico, emanan de los Estados al restringir éstos su propia competencia, y tienen un alcance jurídico de significación internacional*”.

Ahora, los actos unilaterales que no generan obligaciones por sí mismos son igualmente relevantes en el ámbito del derecho de los tratados o bien por su rol en la formación o prueba del derecho internacional consuetudinario²³. Como ya vimos, a través de sus actos o comportamientos los Estados pueden participar en la formación de una norma consuetudinaria o bien impedirlo²⁴. Tanto el reconocimiento expreso de una norma consuetudinaria como el repudio o protesta durante el periodo de formación, son actos unilaterales desde el punto de vista formal, pero que vienen a confirmar o negar la existencia de una norma consuetudinaria. Asimismo, varios actos unilaterales de la misma naturaleza pueden contribuir a la formación de una norma consuetudinaria.

En el caso de las armas nucleares, los Estados emiten constantemente declaraciones públicas en materia de armas nucleares ya sea fuera o dentro del contexto de organismos internacionales. Algunas de tales declaraciones podrían constituir actos puramente unilaterales y generar obligaciones jurídicas nuevas para el Estado autor, como se dice que ha ocurrido con las garantías negativas de seguridad por medio de las cuales algunos Estados poseedores de armas nucleares se han comprometido a no utilizar armas nucleares contra los Estados no poseedores de armas nucleares parte del TNP o bien a no ser los primeros en utilizar armas nucleares en situación de conflicto armado. Sin embargo, aun cuando no sean vinculantes para los Estados ni constituyan obligaciones autónomas fuera del marco de las obligaciones derivadas de otras fuentes de DIP, las declaraciones unilaterales pueden ser muy útiles en la difícil tarea de probar una práctica estatal o una *opinio juris*.

²³ A/CN.4/486. (1998), parra. 101, pg. 355

²⁴ Ibid, parra. 102. pg. 356.

1.4 El Derecho internacional consuetudinario y el rol de las organizaciones e instancias internacionales.

Hoy en día la práctica de los Estados se ha visto intensificada gracias a los múltiples foros internacionales que propician el encuentro de los Estados y la manifestación de sus opiniones sobre diversas materias. Según palabras del ex magistrado de la CIJ, Kotaro Tanaka, el surgimiento de organizaciones internacionales como la ONU, con sus organismos e instituciones afiliadas, ha ido reemplazando progresivamente el *“método individualista de la negociación internacional”* por el método de la *“diplomacia parlamentaria”*. El magistrado Tanaka agregó en aquellos años que este cambio *“muy probablemente influya en el modo de generación de derecho internacional consuetudinario”*²⁵

De hecho, hoy por hoy una costumbre internacional podría consolidarse en poco tiempo o bien quedar rápidamente codificada en un documento escrito debido a la amplia variedad de instancias internacionales de discusión y debate. Como señala Gennady Danilenko *“el surgimiento, en el marco de conferencias y organizaciones internacionales, de nuevas formas de práctica de los Estados compuesta de reivindicaciones o declaraciones puramente verbales, ha dado lugar a una creciente “formalización” del proceso de creación del derecho consuetudinario”*²⁶. Lo anterior, por cierto, *“ha facilitado el conocimiento de los elementos de la voluntad consciente dirigida a crear o modificar las obligaciones jurídicas consuetudinarias”*²⁷.

Como veremos a propósito de la existencia o no de una norma consuetudinaria que prohíba el uso de armas nucleares, el asunto sobre las consecuencias humanitarias del uso de armas nucleares ha tomado protagonismo en el último tiempo precisamente gracias a las conferencias internacionales convocadas por organizaciones internacionales u otras organizaciones internacionales no gubernamentales. Así las cosas, fueron estas conferencias sobre el impacto humanitario de las armas nucleares las que, por un lado, propiciaron la firma posterior del TPN

²⁵ Véase South West Africa, Second Phase, Fallo, I.C.J, Reports, 1966, opinión disidente Magistrado Tanaka, pg. 261.

²⁶ A/CN.4/682 (2015), pg. 16.

²⁷ Idem.

y que, por otro, han contribuido a la identificación de los elementos de una costumbre internacional en contra del uso de armas nucleares.

Aunque, si bien es cierto que las conferencias internacionales no son órganos de creación de derecho internacional, las posiciones manifestadas por los Estados en estas instancias y la práctica que se sigue de conformidad a dichas posiciones podrían generar, como ya vimos, tanto normas consuetudinarias como facilitar su codificación. En el caso de las armas nucleares, se destaca el aporte de las Conferencias sobre Desarme, las Conferencias de Examen del TNP, las reuniones de la Organización Internacional de Energía Atómica (en adelante OIEA) o el Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina (en adelante OPANAL), como órgano regional dedicado exclusivamente al desarme nuclear, y en general todas las instancias internacionales que propician la práctica verbal, así como las opiniones jurídicas en torno al régimen de desarme y no proliferación nuclear.

CAPÍTULO SEGUNDO

Derecho Internacional Convencional y las armas nucleares.

2.1 Las armas nucleares y la disuasión nuclear.

Las armas nucleares, junto con las armas biológicas y las químicas, son consideradas Armas de Destrucción Masiva (en adelante ADM), pero su potencial destructivo excede con creces al de cualquier ADM con que se pretenda agruparlas. Consisten en “*artefactos explosivos cuya energía deriva de la fusión o la fisión del átomo*”²⁸ capaces de liberar una inmensa cantidad de calor, energía e intensas radiaciones con efectos prolongados y devastadores sobre las personas y la naturaleza. Se ha dicho que el arsenal nuclear existente en la actualidad sería capaz de destruir el mundo varias veces, una afirmación que debiese resultar suficiente para persuadir a los Estados de deshacerse de todo tipo de armamento nuclear.

Sin embargo, la realidad es otra. Hoy en día existe al menos 17.000 armas nucleares, repartidas entre nueve Estados, de los cuales solo cinco de ellos son reconocidos como Estados poseedores de armamento nuclear, mientras que el resto son llamados poseedores de facto. La cifra oficial es difícil de determinar porque los Estados no acostumbran a revelar en términos exactos su situación en materia de armamentos. Aún más difícil es saber la capacidad nuclear de los Estados no reconocidos oficialmente como nucleares, lo que supone un riesgo adicional pues tampoco se sabe el alcance real de su capacidad ni la seguridad empleada en sus instalaciones. Tal es el caso de Israel, la India, Pakistán y Corea del Norte.

Al otro lado de la vereda se encuentran los Estados que poseen centrales nucleares para la producción de electricidad o para otros usos pacíficos. Si bien el TNP reconoce el derecho inalienable al uso pacífico de la energía nuclear, no es menos cierto que poseer instalaciones nucleares siempre supondrá un peligro de alguna u otra manera. Los desastres nucleares ocurridos a pesar de las condiciones de seguridad y de lo improbable de un accidente, como sucedió con la central de Fukushima, son un ejemplo de ello. Por otro lado, no puede asegurarse

²⁸ Legality of the threat or use of nuclear weapons, Opinión Consultiva, I.C.J Reports 1996, párr. 35, pg.19

de plano y aun pese a la existencia de órganos internacionales fiscalizadores como el OIEA, que parte del material radioactivo que se produce en las centrales nucleares no vaya a ser robado por grupos terroristas o desviado por los mismos Estados para la producción de armas nucleares. Irán, por ejemplo, logró mantener en secreto durante cierto tiempo sus actividades nucleares ilegales a pesar de sus acuerdos de salvaguardia y protocolo adicional de fiscalización con la OIEA.

Lo cierto es que la energía nuclear revolucionó al mundo en todos los sentidos posibles. La mayoría de los Estados ven en ella la posibilidad de obtener algo de independencia energética al ser una alternativa a los combustibles convencionales, pero no pocos Estados, entre ellos nada más y nada menos que los Estados permanentes del CS de la ONU, siguen viendo en las armas nucleares la capacidad disuasiva y estratégica que les fue atribuida durante el periodo de la guerra fría y que aún hoy se niega a desaparecer²⁹.

El interés político-militar de los Estados en las armas nucleares representado en la cuestionada doctrina de la disuasión nuclear es tal vez la principal piedra de tope al régimen de desarme y no proliferación nuclear. Se afirma por sus partidarios que la posesión de armas nucleares es lo que ha impedido hasta ahora que se desate una guerra. Los Estados no iniciarían un ataque contra otro a sabiendas de que este se encuentra en posesión de arsenal nuclear, ni se arriesgarían a las consecuencias catastróficas que significaría una guerra nuclear.

Aun hoy, las armas nucleares constituyen un pilar esencial en la política de seguridad nacional de potencias como Estados Unidos o Rusia, de ahí que, en lugar de reducir significativamente su arsenal nuclear, de conformidad al artículo VI del TNP, los Estados poseedores de armas nucleares se hayan abocado más a la modernización de sus fuerzas nucleares, con el propósito de mejorar su alcance y precisión. Lo anterior podría explicar también que Estados como Corea del Norte aspiren a convertirse en potencias nucleares, en un afán por equilibrar fuerzas y garantizar su propia seguridad.

²⁹ Perez-Gil, LV. (2016) Grandes potencias, armas nucleares y conflictos asimétricos. Instituto Español de Estudios Estratégicos, pg. 3.

Así visto, la eliminación de toda arma nuclear es probablemente la única alternativa efectiva contra el peligro que supone para la humanidad el potencial recurso a ellas³⁰. Sin embargo, atendiendo a las circunstancias, el desarme nuclear completo se visualiza todavía como un objetivo bastante lejano.

2.2 Regulación de las armas nucleares por el derecho internacional convencional.

Existen diversos tratados internacionales encargados de regular distintos aspectos de las armas nucleares. Sin embargo, de momento y principalmente a causa de la asentada doctrina de la disuasión nuclear, las armas nucleares no están prohibidas expresamente por el derecho internacional convencional. De hecho, el TPN, abierto a la firma en septiembre del año 2017, todavía no entra en vigor y es poco probable que los Estados poseedores de armas nucleares adhieran a este en el corto plazo.

En este capítulo, haremos una breve mención de los tratados internacionales que expresamente regulan las armas nucleares, distinguiendo, para facilitar el trabajo, entre los tratados internacionales abiertos a todos los Estados, a los que denominaremos “generales”, y los tratados internacionales regionales, además de mencionar las iniciativas y acuerdos bilaterales destinados al control de armamento nuclear. Finalizaremos refiriéndonos a los instrumentos internacionales que son aplicables, o bien que se argumenta que son aplicables, a las armas nucleares, pero que no tienen como propósito directo prohibirlas o regularlas.

2.2.1 Tratados internacionales generales.

2.2.1.1 Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares.

El TNP es el tratado multilateral sobre armas nucleares con el mayor número de países asignatarios. Entró en vigor el año 1970, tiene vigencia indefinida y es la piedra angular del régimen de desarme y no proliferación nuclear, toda vez que prohíbe la proliferación horizontal,

³⁰ Como declaró la AG en su resolución A/37/662 (1982), el desarme nuclear completo es el elemento disuasivo más efectivo contra la guerra nuclear y el uso de armas nucleares.

pues prohíbe a los estados no nucleares desarrollar armas nucleares y a los Estados nucleares transferirlas, y regula el desarrollo pacífico de la energía nuclear por medio de un sistema de salvaguardias destinado a evitar la producción de armamento nuclear. De ahí que se diga que tiene tres pilares fundamentales, a saber, la no proliferación, el uso pacífico de la energía nuclear y, como objetivo final, el desarme nuclear completo³¹.

Desde sus inicios este tratado ha sido cuestionado por discriminar entre los Estados que tienen armas nucleares y los Estados que no las tienen ni pueden tenerlas. Sin embargo, el TNP al parecer compensa esta desigualdad mediante un sistema de cooperación orientado a que los Estados no nucleares puedan desarrollar actividades nucleares pacíficas y además con el compromiso de desarme nuclear completo de conformidad al artículo VI, de cuyo contenido nos ocuparemos más adelante.

Lo cierto es que el TNP ha logrado sus propósitos, pero no todos de manera igualmente satisfactoria. Sí bien ha conseguido frenar la proliferación de armas nucleares, no ha podido evitar que otros Estados, además de los reconocidos como nucleares, inicien programas nucleares destinados a fabricar armas atómicas. Ya decíamos que en la actualidad hay al menos nueve Estados con capacidad nuclear, entre los cuales solo cinco poseían armas nucleares a la fecha de celebración del TNP. Tampoco ha contribuido significativamente al desarme, aunque sí es posible reconocer ciertos avances en materia de control de armamentos.

Eso sí, se destaca que el TNP contempla la celebración de Conferencias de Examen cada cinco años con el propósito de evaluar el cumplimiento de sus disposiciones y de fijar compromisos en materia de desarme y no proliferación nuclear. Tales conferencias han servido como foro internacional de debate sobre diversos temas relacionados con las armas nucleares, tales como el rechazo a las explosiones nucleares de Corea del Norte, la necesidad de negociar una zona libre de armas nucleares y otras ADM en el Medio Oriente, o las distintas medidas a

³¹ Según señala Jozef Goldblat, el TNP “no es un fin en sí mismo: el objetivo declarado de las partes es el de allanar el camino al desarme nuclear completo” (Goldblat, J. Veinte años de tratado de no proliferación nuclear: implementación y perspectiva. *Afers Internacionals*, 19, pg 95)

implementar por parte de los Estados poseedores de armas nucleares en miras a lograr el desarme completo de conformidad al artículo VI del TNP.

Como ya revisamos, estas instancias de debate son de gran relevancia porque permiten que los Estados manifiesten sus posturas respecto al uso y posesión de armas nucleares, en especial lo relativo a, por ejemplo, las consecuencias humanitarias o los impactos medioambientales de dichas armas, lo que ciertamente facilita la tarea de encontrar una eventual *opinio juris* sobre la ilegalidad del uso o la amenaza de armas nucleares.

2.2.1.1.1 El artículo VI y la obligación de negociar de buena fe medidas encaminadas al desarme nuclear.

De conformidad con este artículo, los *“Estados partes se comprometen a proseguir negociaciones de buena fe sobre medidas relativas al cese de la carrera de armamentos nucleares, el desarme nuclear y a la firma de un tratado sobre desarme general y completo bajo un estricto y efectivo control internacional”*³².

La redacción, que resulta un poco vaga e imprecisa, ha suscitado un intenso debate respecto a la naturaleza de las responsabilidades de los Estados poseedores de armas nucleares en virtud del citado artículo VI. ¿Qué tipo de obligaciones establece y en qué grado los Estados nucleares han dado cumplimiento a ellas?

Aun cuando en su opinión consultiva de 1996 la CIJ evitó pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad del uso o amenaza de armas nucleares, sí dijo algo importante acerca del contenido del artículo VI del TNP. Por unanimidad de sus jueces, concluyó que la obligación que establecía dicho artículo era una obligación de resultados, esto es, que los Estados poseedores de armas nucleares tenían la obligación internacional de negociar de buena fe el desarme nuclear en todos sus aspectos³³. En ese sentido, la obligación impuesta a los Estados sería doble, primero la de negociar de buena fe y segundo la de concluir tales las negociaciones mediante medidas

³² Véase artículo VI del Tratado de No Proliferación Nuclear.

³³ CIJ, Opinión Consultiva, (1996), párr. 98, pg. 38

efectivas sobre control armamentos, desarme nuclear y un tratado general de desarme completo. Como es obvio, no todos estuvieron de acuerdo con esta postura³⁴.

Casi veinte años más tarde, Islas Marshall resolvió demandar a los Estados poseedores de armas nucleares ante la CIJ alegando que ninguno de ellos había cumplido hasta entonces con la obligación contenida en el artículo VI. Lo más significativo es que Islas Marshall dirigió su acción también contra los Estados no parte del TNP, argumentando que la obligación de negociar de buena fe medidas efectivas encaminadas al desarme nuclear formaba parte del derecho internacional consuetudinario. Lamentablemente, ninguna de las demandas prosperó, de modo que el debate en torno al sentido de la obligación contenida en el artículo VI continúa abierto.

Según señala Christopher A. Ford, para los Estados poseedores de armas nucleares, la interpretación de la CIJ está un poco lejos de lo que las partes quisieron que significara el artículo en comento. En realidad, el lenguaje utilizado sería amplio precisamente para dejar abierta la posibilidad de que las negociaciones no tengan lugar o que simplemente no prosperen³⁵. En ese sentido, aunque el desarme nuclear completo sí estaría establecido como meta, *“el artículo VI no pretendería fijar un momento en específico ni tampoco el modo en que este debería llevarse a cabo”*³⁶. Esta interpretación tiene importantes consecuencias a la hora de determinar si un Estados poseedor de armas nucleares ha cumplido o no con sus obligaciones. Si efectivamente el artículo VI no exige un resultado concreto, los Estados cumplen si se esfuerzan en negociar de buena fe, aun cuando las negociaciones no lleguen a buen puerto.

Sin embargo, esta interpretación dejaría ciertamente de lado los intereses y propósitos de los Estados no poseedores de armas nucleares al momento de firmar el TNP. Como tuvimos oportunidad de revisar, los Estados poseedores de armas nucleares y los no poseedores de armas nucleares adquirieron compromisos distintos, pero que se sostienen o fundamentan recíprocamente. Como indica David Simon, los segundos aceptaron renunciar a las armas

³⁴ Op.cit, párr. 99.

³⁵ Ford, C.A. Debating disarmament: Interpreting article VI of the treaty on the non-proliferation of nuclear weapons. *Nonproliferation Review*, 14(3), pg 406

³⁶ Ibid, pg. 407

nucleares precisamente porque los primeros se comprometieron, entre otras cosas, a renunciar a las suyas en un futuro próximo³⁷. Casi todos los Estados no nucleares han cumplido con sus obligaciones, pero las potencias nucleares continúan amenazando a la humanidad con miles de armas nucleares y algunos de ellos incluso han renovado su arsenal, lo que iría claramente en contra de los propósitos del tratado. A esto se suma el hecho de que varios Estados poseedores de armas nucleares se dedicaron a boicotear las negociaciones del TPAN en lugar de cumplir con lo que a juicio de muchos es una obligación general.

Lo cierto es que resulta lógico suponer que tanto los intereses de los Estados no nucleares como los propósitos del TNP parecen resguardarse mejor si entendemos que la obligación contenida en el artículo VI es una obligación de resultados y no meramente de conducta. El claro descontento de los Estados no nucleares ante las insuficientes medidas sobre reducción de armamento nuclear y ante el lentísimo proceso de desarme nuclear es una prueba bastante sólida al respecto. De hecho, las Conferencias de Examen del TNP se establecieron para, entre otras cosas, acordar precisamente medidas concretas encaminadas a dar cumplimiento al artículo VI. A nuestro juicio, las Conferencias de Examen del TNP de los años 1995 y 2000 no solo son las más significativas por conseguir que las potencias nucleares acordaran una serie de compromisos, sino también porque tales compromisos, aun sin ser vinculantes, reflejaron de forma patente los intereses de todas las partes de conseguir, y no solo intentar, a través de medidas concretas el desarme nuclear completo en un futuro lo más cercano posible³⁸.

La interpretación de la CIJ fue, por lo demás, replicada textualmente años más tarde en el preludio del TPAN, lo que es un sólido respaldo porque el tratado en cuestión fue firmado

³⁷ Simon, D. (2004) Article VI of the non-proliferation treaty is a pactum de contrahendo and has serious legal obligation by implication. *Journal of International Law & Policy*, University of Pennsylvania, 12, pg. 8

³⁸ En la Conferencia de Examen del año 1995, se decidió prorrogar indefinidamente el TNP y se aprobó un conjunto de Principios y Objetivos para la no proliferación nuclear y el desarme, entre los que se contempló el objetivo del desarme nuclear, así como una resolución sobre una zona libre de armas nucleares en el Oriente Medio. Por su parte, en la Conferencia de Examen del año 2000 se aprobó un documento final consensuado que incluía 13 pasos prácticos para avanzar en el proceso de desarme nuclear y se incluyó una declaración de las cinco potencias nucleares en miras a la urgencia de firmar un tratado sobre prohibición de producción de material fisionable. (Garrido Rebolledo, V. 2005. *La Conferencia de Revisión del TNP: entre el desarme y la no proliferación*. Boletín Elcano, 68, pg. 4 y ss)

por la gran mayoría de los Estados parte del TNP. La AG, por su lado, agradeció y subrayó la interpretación de la CIJ en la resolución 51/45, del año 1996. Desde entonces hasta nuestros días ha emitido una serie de resoluciones exhortando a los Estados poseedores de armas nucleares a cumplir con sus obligaciones sobre desarme a través de negociaciones efectivas. No cabe duda que de prosperar, las demandas de Islas Marshall habrían sentado un interesante precedente sobre la materia, pero también en lo relativo al carácter *erga omnes* de la obligación de desarme nuclear o bien sobre su consolidación en el derecho consuetudinario.

2.2.1.2 Tratado sobre prohibición de ensayos con armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y debajo del agua.

Conocido también como Tratado de Prohibición Parcial de Ensayos Nucleares (en adelante TPPEN), este instrumento internacional constituye una de las primeras iniciativas destinadas a limitar la realización de ensayos nucleares y así frenar sus consecuencias medioambientales.

A la fecha de celebración del TPPEN, los Estados poseedores de armas nucleares habían realizado cerca de 500 ensayos nucleares, principalmente en la atmósfera y bajo el agua, con lo que habían esparcido residuos radioactivos al medio ambiente³⁹. La preocupación por los efectos nocivos de las explosiones nucleares atmosféricas, donde las partículas radioactivas se esparcían por los aires y llegaban así a zonas habitadas, fue una presión a las potencias nucleares para la firma del TPPEN. Con esto, se logró que todos los Estados, con la excepción de Francia, abandonaran definitivamente las explosiones atmosféricas. Sin embargo, como es obvio, los ensayos nucleares subterráneos se multiplicaron en los próximos años hasta mediados de los años noventa.

El referido tratado establece principalmente el compromiso de *“prohibir, evitar y no verificar explosiones de pruebas de armas nucleares o cualquier otra clase de explosión nuclear en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control: a) en la atmósfera, más allá de sus límites,*

³⁹ Armanet, P. (1984) Los ensayos nucleares y de armas en el Pacífico: sus efectos ambientales. Instituto de Estudios Internacionales, pg. 87

incluyendo el espacio ultraterrestre; o debajo del agua, incluyendo las aguas territoriales o la altamar; b) en cualquier otro medio si tal explosión hace que los restos radioactivos traspasen los límites territoriales del Estado cuya jurisdicción o control se verifica tal explosión”⁴⁰.

Según veremos, un amplio sector de la doctrina estima que la prohibición de realizar ensayos nucleares en la atmósfera se habría consolidado en derecho internacional consuetudinario, lo que se vería reforzado por el progresivo interés en la protección del medioambiente a través de instrumentos internacionales y el *soft law*.

2.2.1.3 Tratado sobre la Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en Masa en los Fondos Marinos y Oceánicos y Subsuelos.

Poco después de la entrada en vigor del TNP, se aprobó en el año 1971 un nuevo tratado internacional relativo a las armas nucleares y otras ADM. El objetivo principal de este tratado no es tanto la no proliferación o el desarme nuclear, sino más bien la prevención de conflictos internacionales ocasionados precisamente por el emplazamiento de armas nucleares u otras ADM en zonas de interés común para los Estados, como son los fondos marinos y oceánicos.

Se le conoce también como el Tratado de Desnuclearización de los Fondos Marinos y establece la prohibición de instalar o emplazar en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo armas nuclear o cualquier tipo de ADM más allá de las 12 millas, así como la prohibición de emplazar cualquier estructura, instalaciones de lanzamiento u otras instalaciones destinadas expresamente a almacenar, ensayar o utilizar dichas armas⁴¹.

A pesar de que ha sido ratificado por los principales Estados poseedores de armas nucleares, la participación sigue siendo limitada, toda vez que hasta la fecha lo han ratificado alrededor de sesenta Estados, entre los cuales no se encuentra, por ejemplo, Francia o China ni los Estados poseedores de facto. Por lo demás, no posee medidas para verificar el cumplimiento

⁴⁰ Véase artículo I del Tratado de Prohibición Parcial de Ensayos Nucleares.

⁴¹ Véase artículo I del Tratado sobre la Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en Masa en los Fondos Marinos, los Océanos y subsuelos.

de sus disposiciones y por cuestiones de soberanía nacional el tratado no prohíbe el emplazamiento de armas nucleares en el mar territorial.

Ahora, sin perjuicio de la existencia de un Tratado de Desnuclearización de los Fondos Marinos, así como del alcance de sus disposiciones, hay quienes argumentan la ilegalidad del emplazamiento de armas nucleares, así como la realización de ensayos nucleares, en los fondos marinos en razón del principio de libertad de los mares⁴² y otras normas de derecho internacional sobre derechos del mar y del medioambiente.

2.2.1.4 Tratado sobre la Prohibición Completa de Ensayos Nucleares.

La AG adoptó el Tratado sobre la Prohibición Completa de Ensayos Nucleares (en adelante TPCEN) en su resolución (A/RES/50/245), tras una serie de negociaciones que comenzaron en el marco de la Conferencia de Desarme, el principal foro internacional dedicado al control de armamentos y el desarme en general.

El tratado se abrió a la firma el año 1996, pero pese al amplio apoyo recibido y el optimismo puesto en un acuerdo multilateral destinado a prohibir de forma definitiva los ensayos nucleares, este sigue sin entrar en vigor. ¿La razón? Requiere que los 44 Estados mencionados en el Anexo 2 del mismo tratado lo hayan ratificado. Estados Unidos, Corea del Norte y China son algunos de los Estados cuya ratificación es necesaria para que las explosiones nucleares queden prohibidas definitivamente por el derecho internacional convencional.

Aun así, los Estados reconocidos por el TNP como poseedores de armas nucleares no han realizado ensayos nucleares más o menos desde que el TPCEN se abrió a la firma. La moratoria de más de veinte años en materia de explosiones nucleares ha llevado a algunos a argumentar, según veremos, la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que prohibiría todo tipo de ensayo nuclear, sea cual sea el sitio donde se realicen.

⁴² Taubenfeld, H.J. (1962) Nuclear Testing and International Law, Sw. LJ, 16, pg. 388.

En términos breves, el TPCEN establece la prohibición de realizar todo tipo de ensayos nucleares al señalar que: *“los Estados partes se comprometen a no realizar ninguna explosión de ensayo de armas nucleares o cualquier otra explosión nuclear y a prohibir y prevenir cualquier explosión nuclear de esta índole en cualquier lugar sometido a su jurisdicción o control”*⁴³

Además, contempla un sistema de vigilancia a cargo de la Organización del Tratado para la Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (en adelante OTPCEN) que tiene como propósito prevenir y advertir la realización de explosiones nucleares. De momento, se ha implementado provisoriamente este sistema de vigilancia y ha demostrado ser efectivo para la detección de explosiones nucleares, como ocurrió con los ensayos realizados por Corea del Norte. Con la plena vigencia del tratado, este sistema podría alcanzar su máxima capacidad y resultar en un mecanismo efectivo para la cesación de toda explosión nuclear. Ello contribuiría a su vez, según ya vimos, a la futura eliminación de las armas nucleares al restringir su mecanismo principal de prueba y perfeccionamiento.

2.2.1.5 Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares.

El TPAN establece la prohibición, a nivel mundial, bajo todo supuesto, del uso o la amenaza del uso de las armas nucleares. Desde septiembre del año 2107 se encuentra abierto a la firma y ratificación de los Estados, pero todavía no entra en vigor, pues requiere la ratificación de a lo menos cincuenta Estados.

Su contribución al desarme nuclear no es tan significativa desde el punto de vista normativo, toda vez que los Estados poseedores de armas nucleares, no participaron en la votación ni mucho menos en la redacción del referido instrumento. De ahí que el TNP continúe siendo el instrumento principal en materia de desarme nuclear porque reúne a casi la totalidad de los Estados de la comunidad internacional.

⁴³ Véase artículo I del Tratado sobre la Prohibición Completa de Ensayos Nucleares.

En cuanto al contenido de sus disposiciones, el TPAN reafirma la obligación de negociar de buena fe y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear, con lo que hace propia la interpretación de la CIJ sobre que el artículo VI del TPN establece una obligación específica hacia el desarme nuclear completo⁴⁴. También, soluciona varios de los problemas del TNP al establecer compromisos concretos de desarme en lapsos específicos de tiempo y sanciones cuando estos compromisos se incumplen, algo que ciertamente el TNP no hace.

Además, el TPAN prohíbe en términos muy amplios las armas nucleares al señalar que “*cada Estado se compromete a nunca y **bajo ninguna circunstancia:** d) usar o amenazar con usar armas nucleares u otros dispositivos nucleares*”⁴⁵ (el resaltado es nuestro) Asimismo, prohíbe el desarrollo, almacenamiento, producción, fabricación, adquisición, o transferencia de armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares.

Finalmente, el TPAN se hace cargo del aparente vacío dejado por el TNP respecto a los Estados que permiten el emplazamiento, la instalación o despliegue de armas nucleares en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción. Como decide prohibirlo de forma expresa, el refugio de los miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante OTAN) bajo el paraguas nuclear de Estados Unidos podría llegar a ser ilegal.

En rigor, por el contenido radical de las disposiciones del TPAN, resulta poco probable que en el corto plazo los Estados poseedores de armas nucleares adhieran a él. Para Estados Unidos o Rusia, el tratado en cuestión es poco realista y prefieren optar por medidas menos drásticas y más progresivas. Sin embargo, el TPAN es ciertamente un mecanismo de presión internacional que contribuye no solo a la deslegitimación de las armas nucleares, sino también al reforzamiento o a la eventual gestación de una *opinio juris* sobre la ilegalidad del uso de las armas nucleares y la obligación de desarme nuclear completo.

⁴⁴ Martin Corrales, C. (2017) Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: ¿avance hacia el desarme nuclear? Documento Opinión, IEEEE, 97, pg. 12.

⁴⁵ Véase artículo I del Tratado sobre Prohibición de Armas Nucleares.

2.2.2 Tratados internacionales regionales.

El avance más significativo en materia de desarme y no proliferación nuclear, en parte porque constituye un claro ejemplo del rechazo que la comunidad internacional manifiesta hacia las armas nucleares, tiene relación con la creación progresiva de Zonas Libres de Armas Nucleares (en adelante ZLAN). Por ZLAN debemos entender aquel “espacio geográfico dentro del cual los Estados que ejercen derechos de soberanía territorial sobre ese espacio asumen el compromiso de prohibir o impedir el ensayo, uso, fabricación, adquisición, instalación o emplazamiento de armas nucleares y las potencias nucleares se obligan a su vez a respetar dicho espacio desnuclearizado”⁴⁶

Mediante las ZLANs los Estados no poseedores de armas nucleares han pretendido eliminar totalmente este tipo de armamentos de su territorio. Como es evidente, requieren el apoyo de los Estados poseedores de armas nucleares, para que no solo reconozcan estas zonas desnuclearizadas, sino para que también se comprometan a no utilizar las armas nucleares contra los Estados miembros de estos tratados.

Por su significativa contribución al desarme nuclear, los esfuerzos de la comunidad internacional han estado puestos en ampliar las ZLANs, siendo prioridad el establecimiento de una ZLAN en el Medio Oriente, un compromiso al que se llegó en la Conferencia de Examen del TNP del año 1995 y que todavía no se ha concretado. Tampoco se ha logrado, de momento, arribar a un acuerdo sobre la desnuclearización de Europa Central ni de Asia Meridional. Sin embargo, no se pierden las esperanzas, pues aunque el proceso ha sido lento, se han logrado concretar diversos instrumentos internacionales que establecen ZLANs. Los pasaremos a revisar a continuación.

⁴⁶ Vargas Carreño, E. (2003) Las zonas libres de armas nucleares (ZLANs) en el Derecho Internacional contemporáneo. Publicación digital, pg. 181

2.2.2.1 Tratado Antártico.

Aunque el propósito de este instrumento internacional es mucho más amplio, se dice que es el primer tratado en establecer una ZLAN. Fue firmado por los doce Estados que hasta la fecha habían llevado a cabo actividades científicas en la Antártida y entró en vigor el año 1961. Actualmente cincuenta y tres Estados son parte del tratado, entre los cuales se encuentran los Estados reconocidos como poseedores de armas nucleares.

El artículo I del tratado señala que la Antártida se utilizará exclusivamente para fines pacíficos y establece la prohibición de realizar cualquier ensayo de toda clase de armas, con lo que los ensayos nucleares quedarían prohibidos⁴⁷. Igualmente, de forma expresa el artículo V párrafo 1 se refiere a la prohibición de toda explosión nuclear en la región y la eliminación de desechos radioactivos. El párrafo dos agrega que en caso de que se concluyan acuerdos internacionales relativos al uso de la energía nuclear, comprendidas las explosiones nucleares y la eliminación de desechos radioactivos, en los que sean parte todas las partes contratantes del presente tratado, entonces las normas de dichos tratados serán aplicables también en la Antártida.

Lo cierto es que, desde la entrada en vigor del Tratado Antártico hasta la actualidad, los Estados parte y también aquellos que no lo son han observado las disposiciones del mismo como si existiese una norma de derecho internacional consuetudinario que estableciese el uso pacífico de la Antártida. Hay quien han ido más lejos al proponer la naturaleza *ius cogens* de esta norma, como una especificación del principio de prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza, pero es algo que revisaremos en detalle en el próximo capítulo.

⁴⁷ Véase Artículo I y siguientes del Tratado Antártico.

2.2.2.2 Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

La regulación del espacio ultraterrestre por el derecho internacional es relativamente reciente y ha comprendido entre otras cosas la formulación de principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre.

Tales principios fueron aprobados por la AG en el año 1963 e incorporados posteriormente en cinco tratados generales multilaterales, entre los cuales se encuentra el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, conocido simplemente como Tratado sobre el espacio ultraterrestre, aprobado el año 1966 y en vigor desde octubre del año 1967. Dicho tratado *“es considerado la base jurídica general para la utilización del espacio ultraterrestre para fines pacíficos, por cuanto ha proporcionado un marco para el desarrollo del derecho del espacio ultraterrestre”*⁴⁸ Este marco jurídico se ha visto reforzado por la amplia ratificación e incorporación de dichos principios a las actividades ultraterrestres de los Estados.

El tratado en cuestión declara el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes como zona desmilitarizada y establece la prohibición a los Estados parte de *“colocar en órbita alrededor de la Tierra objetos que porten armas nucleares o cualquier otro tipo de ADM, a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma, además de prohibir la realización de todo tipo de pruebas de estas armas”*⁴⁹, por lo que en definitiva declara el espacio como una ZLAN. Eso sí, no prohíbe la colocación de armas convencionales, lo que es ciertamente una contradicción al uso exclusivamente pacífico del espacio ultraterrestre pues hay armas convencionales altamente peligrosas y destructivas. Por lo demás, a medida que se producen nuevos avances tecnológicos

⁴⁸ Tratados y principios de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre. (2002) Naciones Unidas, Nueva York, pg. 7

⁴⁹ Véase artículo IV del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre.

el tratado va quedando obsoleto y los vacíos legales son interpretados por los Estados de conformidad a sus propios intereses.

Con todo, los Estados en general reconocen o declaran reconocer el estatus desmilitarizado del espacio ultraterrestre y su calidad de zona desnuclearizada, pese a que esta desmilitarización es solo parcial pues el tratado no prohíbe la utilización de personal militar para investigaciones científicas u otros fines pacíficos. Las actividades en el espacio exterior continúan siendo muy limitadas, por lo que la existencia de una práctica acorde al tratado puede que sea todavía insuficiente para la consolidación de una o más de sus disposiciones en el derecho internacional consuetudinario.

2.2.2.3 Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes.

El Tratado de la Luna entró en vigor el año 1984 y establece específicamente la desnuclearización de la Luna y otros cuerpos celestes, algo que, como vimos, ya había hecho en términos generales el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre. Actualmente cuenta con 17 Estados miembros, pero, a diferencia del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, las principales potencias espaciales no lo han firmado ni ratificado, por lo que las normas específicas que allí se establecen, sin contar los principios sobre la utilización del espacio ultraterrestre que de hecho son expresamente aplicables a la Luna y otros cuerpos celestes, tienen poca aplicación en la práctica.

En términos generales, establece la exploración y uso común de la Luna y otros cuerpos celestes, así como su uso exclusivamente pacífico. En razón de esto es que prohíbe recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza en la Luna y prohíbe expresamente poner en órbita a su alrededor o su trayectoria objetos portadores de armas nucleares o cualquier otra ADM, o bien emplearlas o colocarlas sobre o en la Luna. Del mismo modo que el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, no prohíbe la utilización de personal militar para investigación ni se refiere al emplazamiento de armas convencionales, lo que es ciertamente un problema porque los Estados podrían poner en órbita objetos con armas convencionales altamente destructivas.

Como adelantábamos, la falta de adhesión por parte de países como Estados Unidos o China hace que este tratado suponga para algunos un fracaso desde el punto de vista del derecho internacional, sobre todo porque el uso del espacio exterior es una cuestión que de momento es solo asequible para las grandes potencias mundiales. Pese a ello, de conformidad al Tratado sobre el espacio ultraterrestre, los principios de uso pacífico del espacio ultraterrestre o su desnuclearización serían de todos modos aplicables a la Luna y otros cuerpos celestes.

2.2.2.4 Tratado para la Prohibición de las Armas Nucleares en América Latina y el Caribe.

Recibe también el nombre de tratado de Tlatelolco y en rigor es el primer tratado internacional en establecer una ZLAN en una zona habitada. Entró en vigor el año 1968, tiene duración indefinida y en sus disposiciones fija la prohibición de hacer reservas al contenido del mismo, aunque sí admite las reformas a propuesta de los Estados parte.

La ZLAN establecida por este tratado comprende la totalidad de América Latina y una parte importante de las aguas internacionales adyacentes. Se le reconoce el significativo mérito de haber mantenido a América Latina y el Caribe libre de armas nucleares y por consiguiente al margen de la frenética carrera armamentista impulsada por el Estados Unidos y Rusia durante la guerra fría. A esto se suma el hecho de que el tratado, según palabras de Gros Spiell, no desconoce el derecho al uso pacífico de la energía nuclear, sino que, por el contrario, lo reconoce como un elemento necesario para el desarrollo de los pueblos latinoamericanos⁵⁰.

Así pues, en su artículo primero, el tratado establece *“la prohibición del ensayo, uso, la fabricación, producción o adquisición, por cualquier medio, de toda arma nuclear (...) y el recibo, almacenamiento, instalación, emplazamiento o cualquier forma de posesión de toda arma nuclear”*⁵¹

⁵⁰ Gros Espiell, H. (2008) Contribución del Tratado de Tlatelolco al desarme nuclear y la no proliferación. Anuario mexicano de Derecho Internacional, 8, pg. 545

⁵¹ Véase artículo I del Tratado de Tlatelolco.

Para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones y prevenir que los Estados desvíen material radioactivo de sus actividades pacíficas hacia fines militares, en el artículo siete se establece el Organismo Para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina (en adelante OPANAL), el que, por cierto, es el único organismo internacional de carácter regional cuya misión exclusiva es el desarme nuclear completo y la no proliferación de armas nucleares. Los estados miembros del tratado se reúnen periódica y extraordinariamente en reuniones convocadas por el OPANAL, lo que ha resultado en un prolífero debate en torno a las armas nucleares y el derecho internacional.

Otra disposición importante del tratado de Tlatelolco es la que establece la negociación por parte de los Estados miembros de acuerdos con la OIEA para la aplicación de las salvaguardias a las actividades nucleares. Destacamos también aquella que se refiere a las explosiones nucleares pacíficas, autorizándolas expresamente siempre y cuando no contravengan las disposiciones del tratado, e informando previamente al OIEA. A nuestro juicio, es un artículo controvertido, principalmente por las implicancias medio ambientales de los ensayos nucleares, y por el hecho de que no es sencillo distinguir entre aquellas explosiones nucleares con fines pacíficos de aquellas destinadas al desarrollo de armas nucleares.

Finalmente, el tratado contempla dos protocolos adicionales. El protocolo II, dirigido especialmente a los Estados poseedores de armas nucleares, ha sido firmado por todos los Estados poseedores de iure, aunque con la reserva de mantener a salvo el recurso a las armas nucleares en el ejercicio del derecho de legítima defensa. Los Estados poseedores de facto, en cambio, han resuelto mantenerse al margen.

2.2.2.5 Tratado de la Zona Libre de Armas Nucleares en el Pacífico Sur.

Este instrumento internacional, también conocido como tratado de Rarotonga, entró en vigor el año 1986 y estableció una segunda ZLAN en una región habitada. El propósito de la suscripción de este tratado obedeció principalmente a la necesidad de proscribir las armas nucleares en una zona del mundo en la que ya se habían realizado numerosos ensayos nucleares,

como fueron las cuestionadas explosiones nucleares que Francia realizó en los atolones de Mururoa y Fangataufa, en la Polinesia Francesa.

En rigor, fueron las explosiones nucleares francesas las que motivaron la suscripción de un tratado de desnuclearización en la región. Los 193 ensayos nucleares realizados por Francia esparcieron en la tierra y el agua toneladas de material radioactivo, afectando a las comunidades aledañas a los atolones y despertando la alarma en los países ubicados en el Pacífico Sur. A pesar de los reclamos de la comunidad internacional y de las demandas de Nueva Zelanda y Australia ante la CIJ, Francia continuó efectuando explosiones nucleares hasta el año 1996, periodo en que decidió poner fin a dichas explosiones y sumarse a la moratoria internacional, además de ratificar el protocolo I, II y III del tratado de desnuclearización del Pacífico Sur, este último destinado a prohibir la realización de ensayos nucleares en la zona.

Como obligación principal, el tratado de Rarotonga establece la prohibición de fabricar o adquirir, poseer o controlar de otro modo cualquier dispositivo explosivo nuclear en cualquier lugar dentro o fuera de la zona del tratado. A su vez, señala que los Estados parte están obligados a impedir en el territorio de los demás Estados partes el emplazamiento de cualquier dispositivo nuclear explosivo, así como el ensayo de cualquier artefacto explosivo nuclear. Reconoce, al igual que el tratado de Tlatelolco, las actividades nucleares pacíficas, pero previene peligros en su ejecución o desviaciones a fines militares a través del sistema de salvaguardias del OIEA, organismo que está a su vez a cargo del cumplimiento mismo del tratado. Como medidas de protección al medio ambiente, establece la prohibición de arrojar desechos radioactivos e impedir que sean arrojados por otros Estados, algo en lo que el tratado de Tlatelolco guardó silencio.

Por último, incluye tres Protocolos. El Protocolo II, que previene el uso o la amenaza de uso de armas nucleares contra los miembros del tratado, y el Protocolo III, que prohíbe la realización de ensayos nucleares en la zona, están dirigidos específicamente a los cinco Estados poseedores de armas nucleares, siendo Estados Unidos el único que hasta la fecha no los ha ratificado.

2.2.2.6 Tratado de la Zona Libre de Armas Nucleares del Sudeste Asiático.

Conocido popularmente como tratado de Bangkok, entró en vigor el año 1997 y estableció una ZLAN en una zona geográfica caracterizada por la tensión debido a las constantes intervenciones de las grandes potencias nucleares, como Estados Unidos y China. Hasta la fecha, ningún Estado poseedor de jure de armas nucleares ha firmado o ratificado el protocolo, con lo que la eficacia de este instrumento se ha visto seriamente mermada.

Entre sus disposiciones, establece la prohibición de desarrollar, fabricar adquirir, poseer o tomar el control de armas nucleares. También prohíbe los ensayos nucleares en la zona. Siguiendo los demás tratados de desnuclearización, reconoce el derecho al uso pacífico de la energía nuclear como un instrumento de desarrollo, pero lo sujeta la firma de acuerdos de salvaguardias con la OIEA y crea una Comisión para la ZLAN del Sudoeste Asiático con el propósito de verificar el cumplimiento de esta y demás disposiciones del tratado.

Sin embargo, el tratado de Bangkok incorpora una disposición nueva, como es la extensión de la ZLAN hacia la plataforma continental y la zona económica exclusiva de los Estados parte. Esto ha generado problemas para que los Estados reconocidos como potencias nucleares se decidan a firma el Protocolo, toda vez que, según se argumenta, las plataformas continentales y las zonas económicas exclusivas no están del todo definidas en el Mar de la China Meridional⁵², por lo que no sería claro el alcance ni las obligaciones del referido Protocolo.

Dicho protocolo establece el compromiso de respetar el tratado y de no contribuir a ningún acto que constituya una violación del mismo. A su vez, prevé la garantía negativa de no usar ni amenazar con usar armas nucleares contra cualquier Estado parte del tratado ni dentro de la región desnuclearizada. Como adelantábamos, está dirigido a los Estados reconocidos como poseedores de armas nucleares, pero no ha sido ratificado por ninguno hasta la fecha.

⁵² Martin C, J. (2019) Bangkok Treaty. Nonproliferation Studies at the Middlebury Institute of International Studies at Montrey.

2.2.2.7 Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África.

Los dirigentes de los Estados de África aprobaron el año 1964 en el marco de la Organización de la Unidad Africana, una precursora resolución por medio de la cual proclamaban a África zona libre de armas nucleares⁵³. Más de treinta años después, dicho anhelo se vio finalmente concretado con la firma en 1996 de un instrumento internacional sobre desnuclearización conocido popularmente como Tratado de Pelindaba. Entró en vigor el año 2009 y actualmente cuenta con cuarenta Estados miembros, entre ellos Sudáfrica, el único Estado de la región que poseía armas nucleares y que en el año 1990 decidió renunciar voluntariamente a ellas.

Al igual que los demás tratados sobre desnuclearización ya revisados, el tratado de Pelindaba establece la prohibición de desarrollar, fabricar, almacenar o adquirir, poseer o tener control sobre cualquier dispositivo nuclear explosivo por cualquier medio. En otra de sus disposiciones, los Estados parte se comprometen a no permitir el emplazamiento de cualquier dispositivo nuclear explosivo ni la realización de ningún tipo de ensayo nuclear en sus territorios. Por otro lado, reconoce el derecho al uso pacífico de la energía, pero incorpora una serie de disposiciones para la verificación de dichos usos pacíficos y así evitar desvíos hacia actividades militares, tales como la firma de acuerdos de salvaguardias con el OIEA. Para el cumplimiento de sus disposiciones, el tratado contempla la creación de la Comisión Africana de Energía Nuclear, organismo que se formó con la entrada en vigor del tratado y que realizó su primera reunión ordinaria el año 2011.

Hacia el final, el tratado contempla tres Protocolos. Los protocolos I y II están dirigido a los Estados poseedores de jure, exhortándolos a respetar la desnuclearización del continente y a no realizar ensayos nucleares en la zona. Ambos protocolos han sido ratificados por todas las potencias nucleares de iure, con excepción de Estados Unidos, que solo los ha firmado.

⁵³ Rosas, M.C. (2017) Las zonas libres de armas nucleares: retos en el siglo XXI. Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM, 129, 2017, pg. 20

2.2.2.8 Tratado sobre una Zona libre de Armas Nucleares en Asia Central.

La iniciativa para la creación de una ZLAN en Asia Central vino de la mano de la autoproclamación de Mongolia como ZLAN en el año 1992, pero las discusiones resultaron infructuosas debido a la falta de consenso entre los países de la zona. Solo hacia el año 2006 se logró el consenso para la firma del tratado sobre desnuclearización, también llamado Tratado de Semipalatinsk, y en el año 2009 entró en vigor tras la ratificación de los cinco Estados partes.

Desde el punto de vista del régimen de no proliferación y desarme nuclear, el Tratado de Semipalatinsk es históricamente significativo, toda vez que varios de los Estados miembros eran poseedores de buena parte del arsenal nuclear dejado por la Unión Soviética cuando esta se disolvió en el año 1991. Kazajstán, por ejemplo, tenía el cuarto arsenal nuclear más grande del mundo, el que constituía una indeseada herencia de la que se fue deshaciendo en un esfuerzo activo por contribuir al desarme nuclear mundial. A lo anterior se suma el hecho de que la ciudad de Semipalatinsk fue el principal sitio de pruebas de armas nucleares de la Unión Soviética. Los Estados de Asia Central escogieron la ciudad de Semipalatinsk como sede para la firma del tratado precisamente por la historia nuclear de la zona.

Según las disposiciones del tratado, los Estados parte se comprometen a no investigar, desarrollar, fabricar, almacenar, adquirir, poseer o tener ningún control sobre cualquier arma nuclear u otro dispositivo explosivo nuclear. Tampoco está permitida la realización de pruebas nucleares o cualquier otra exposición nuclear en cualquier lugar bajo el control de los Estados miembros. Siguiendo a los demás tratados sobre la materia, se reconoce el derecho al uso pacífico de la energía nuclear, pero bajo condición de que los Estados firmen acuerdos de salvaguardias y el Protocolo Adicional con el OIEA.

Por último, se agrega un Protocolo dirigido a los cinco Estados reconocidos como poseedores de armas nucleares y que establece el compromiso de no usar ni amenazar con usar armas nucleares contra los miembros del tratado. Todos a excepción de Estados Unidos han firmado y ratificado el protocolo. Sin perjuicio de ello, Estados Unidos ha declarado que sus

políticas y prácticas ya son consistentes con la decisión de los Estados de Asia Central de crear una ZLAN en la región.

2.2.3 Acuerdos y otras medidas bilaterales.

No han sido muchas las iniciativas bilaterales contra la proliferación nuclear. Solo Estados Unidos y Rusia han firmado acuerdos sobre desarme, mientras que Francia, China y el Reino Unido, han optado por la limitación unilateral de sus arsenales nucleares.

Entre los acuerdos firmados por Estados Unidos y Rusia, se destacan los tratados suscritos en el marco de las rondas de negociaciones conocidas popularmente por su sigla en inglés como **SALTs I y II** (*Strategic Arms Limitation Talks*⁵⁴), que permitieron la limitación convencional y posteriormente la reducción efectiva del arsenal nuclear que los Estados parte tenían permitido poseer. A ello le siguieron otros instrumentos relevantes como el Tratado sobre Armas Nucleares de Mediano Alcance, más conocido como INF, que eliminó una categoría completa de armas y llevó a la destrucción de más de 2000 misiles, así como los Tratados de Reducción de Armas Estratégicas, más conocidos por su sigla en inglés como START I del año 1991 y el sucesivo START III o nuevo START del año 2010. Según datos facilitados por los mismos Estados parte, estos acuerdos permitieron presuntamente reducir el arsenal nuclear en un 85%. Sin embargo, el compromiso de Estados Unidos y Rusia con los procesos bilaterales de desarme nuclear ha sido cuestionado en reiteradas oportunidades, tanto por la comunidad internacional como por acusaciones de incumplimiento o violaciones que mutuamente se han hecho Estados Unidos y Rusia. Lo cierto es que en la actualidad las negociaciones sobre la continuidad del START III, así como sobre la firma de algún otro instrumento sobre desarme, se encuentran en un punto muerto.

En cuanto a los Estados poseedores de facto, estos se han mantenido en general al margen de las medidas sobre control de armamentos, aunque, se destacan algunas iniciativas bilaterales. India y Pakistán, por ejemplo, firmaron un acuerdo por medio del cual se comprometieron a no atacar las instalaciones nucleares del otro Estado y en el año 1999, en medio del conflicto

⁵⁴ Negociaciones sobre Limitación de Armas Estratégicas.

territorial por la región de Cachemira, acordaron un memorándum de entendimiento sobre diversas medidas de creación de confianza en materia de armas nucleares, y en el cual reconocieron, entre otras cosas, su compromiso con el desarme nuclear⁵⁵

Otro acuerdo importante fue firmado el año 2007, por el cual ambos países se comprometieron a reducir el riesgo de accidentes relacionados con las armas nucleares y así prevenir un enfrentamiento nuclear en la región. A lo largo de su historial de conflictos y reconciliaciones, se han intentado negociar otros acuerdos más rigurosos en materia de armas nucleares, pero ninguna de tales negociaciones ha llegado a buen puerto. Hasta el momento, ambos Estados mantienen un estatus nuclear incierto y en estricto rigor se encuentran marginados del régimen de desarme y no proliferación al no adherir al TNP ni a otros importantes instrumentos internacionales sobre desarme.

Corea del Norte es otro ejemplo, aunque en este caso las medidas bilaterales han pretendido frenar las intenciones del país asiático de dotarse de armamento nuclear, pero ninguna de ellas ha logrado los propósitos esperados. La última iniciativa para frenar la realización de pruebas nucleares y detener el programa nuclear de Corea del Norte, consistió en la firma en el año 2018 de una Declaración Conjunta entre el país asiático y Estados Unidos por medio de la cual se acordó un proceso de cooperación destinado a la desnuclearización completa de la península. Aunque la reunión fue valiosa, las tensiones entre ambos países, sumado al comportamiento ambivalente de Corea del Norte en materia nuclear, han impedido que este proceso de desnuclearización avance.

En el caso de los Estados no nucleares, algunas medidas bilaterales han sido significativas no tanto por suponer una reducción de la amenaza nuclear, sino por constituir un compromiso real con el régimen de desarme y no proliferación nuclear. Así, se destacan aquellos Estados que voluntariamente han renunciado a la posesión de armamento nuclear aun cuando han estado en condiciones de fabricar dichas armas. En el caso de Brasil y Argentina, la renuncia fue bilateral por medio de la firma de instrumentos internacionales de cooperación en materia

⁵⁵ Comisión de Armas de Destrucción Masiva, informe final, Las armas del terror: Librando al mundo de las armas nucleares, biológicas y químicas, Estocolmo, Suecia, 1 de junio de 2006, pg. 50

de energía nuclear para fines pacíficos. Entre ellos, se destaca el Acuerdo de Guadalajara para el uso Exclusivamente Pacífico de la Energía Nuclear, por el que se creó la Agencia Brasileño-Argentina de Contabilidad y Control de Materiales Nucleares, la que, junto al OIEA, opera en la región con considerable éxito, contribuyendo así al régimen de desarme y no proliferación nuclear en Latinoamérica.

2.2.4 Otros tratados internacionales relacionados con las armas nucleares.

En su opinión consultiva del año 1996, sobre la legalidad del uso o la amenaza del uso de las armas nucleares, la CIJ llegó a la conclusión de que las normas aplicables a las armas nucleares que resultaban más pertinentes eran las relativas al uso de la fuerza y el derecho aplicable a los conflictos armados que regulan las situaciones de hostilidades, además de todos los tratados internacionales en materia de armas nucleares que fueren atingentes⁵⁶.

De la conclusión de la CIJ se desprende que existen tres grandes áreas del DIP aplicables a las armas nucleares. Una primera área a la que los especialistas denominan régimen internacional de control de armamentos⁵⁷, compuesto principalmente por los tratados internacionales firmados por los Estados, así como por las normas de derecho internacional consuetudinario que limiten o restrinjan el uso de determinados tipos de armamentos. Una segunda área conformada por el derecho al uso de la fuerza o también denominado *ius ad bellum* y que se encuentra esencialmente recogido en la Carta de la ONU. Y finalmente, una tercera área referida al DI aplicable a los conflictos armados o también llamado *ius in bello* y que posee normas expresas que limitan el uso de ciertas armas, así como las demás disposiciones y principios de derecho internacional humanitario que sean aplicables.

Sin embargo, algunos autores agregan otras áreas de derecho internacional que serían aplicables a las armas nucleares porque en rigor sus normas están íntimamente ligadas al DIH. Así pues, ya en la referida opinión consultiva de 1996 ciertos Estados manifestaron que el uso

⁵⁶ CIJ, Opinión Consultiva, (1996), párr. 34, pg. 19

⁵⁷ Fidler, D.P. (2004) International Law and Weapons of Mass Destruction: End of the arms control approach. Duke J. Comp & Int'l L, 14, pg. 41

de las armas nucleares podría significar la comisión de crímenes internacionales, como el delito de genocidio, o la violación de los Derechos Humanos como es el derecho a la vida, o del Derecho Internacional del Medio Ambiente, toda vez que las armas nucleares causarían daños graves e irreversibles en la naturaleza y el medioambiente.

Por nuestra parte, ya revisamos los tratados internacionales que regulan expresamente las armas nucleares. Queda por revisar los demás tratados internacionales aplicables a las armas nucleares, pero que no se refiere expresamente a ellas. Comenzaremos refiriéndonos a los tratados internacionales que limitan o regulan un tipo específico de armas con el propósito de determinar si son o no aplicables a las armas nucleares, para luego tratar la regulación convencional de las armas nucleares tanto por el derecho del uso de la fuerza como por el DIH, siguiendo así el razonamiento de la CIJ en su opinión consultiva. Finalizaremos el estudio refiriéndonos brevemente a la discusión en torno a la violación de ciertas disposiciones de ramas de DIP como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional o el Derecho Internacional del Medio Ambiente.

2.2.4.1 Armas prohibidas.

El derecho internacional prohíbe ciertas armas en específico. Un ejemplo de ello son las armas envenenadas, que están prohibidas por la Convención de la Haya de 1907, o los gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo, que se encuentran prohibidos por el Protocolo de Ginebra de 1925. En su opinión consultiva, la CIJ calificó este tipo de armamentos genéricamente como armas tóxicas y revisó la posibilidad de que las armas nucleares pudiesen estar incluidas dentro de esta categoría. Para ello, determinó primero el alcance de algunos conceptos, como “veneno o armas envenenadas” o “materiales o dispositivos análogos”, que no estaban especialmente definidos, pero cuyo sentido podía desprenderse de la práctica de los Estados.

Al final resolvió que no podía concluirse que los Estados dieran a las armas nucleares el mismo tratamiento que estas armas, por lo que las prohibiciones establecidas por los instrumentos internacionales ya señalados no eran extensibles a las armas nucleares. Sin

embargo, para algunos las armas nucleares tienen bastantes similitudes con los gases asfixiantes o las armas venenosas. La radiación o el material radiactivo liberado contaminan a las personas, así como a todo organismo vivo y los efectos producidos son similares a los provocados por las armas tóxicas. Todavía más, la energía nuclear se consigue a partir de elementos altamente nocivos para el ser humano debido a sus propiedades tóxicas.

Desde ese punto de vista, según advierten algunos, las armas nucleares debiesen encontrarse prohibidas en virtud de los instrumentos ya señalados pues, aunque su inmenso poder destructivo proviene de su efecto explosivo y no esencialmente de sus propiedades tóxicas, no es menos cierto que la radiación liberada provoca la muerte de miles de personas a causa de las propiedades altamente nocivas de elementos como el plutonio o el uranio, los que se internan en el cuerpo y causan serios daños⁵⁸. No obstante, como razonó la CIJ, los Estados no parecen haber pensado siquiera en las armas nucleares cuando regularon ciertas armas tóxicas porque no se desprende de la práctica posterior, de modo que resultaría un poco forzoso concluir lo contrario.

En todo caso, a nuestro juicio es ciertamente un sin sentido que las armas nucleares, las más tóxicas, peligrosas y destructivas, se encuentren todavía en una situación legal incierta.

2.2.4.2 Derecho Internacional Humanitario.

El DIH, también llamado derecho de los conflictos armados o *ius in bello*, se compone de una serie de normas jurídicas que tienen como propósito regular las formas o medios en que se conducen las hostilidades, así como de proteger a las víctimas de los conflictos armados. Las Convenciones de la Haya y los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales se consideran la piedra angular del DIH, aunque también existen otros tratados e instrumentos internacionales que regulan aspectos específicos del derecho de los conflictos armados. Varias de las normas

⁵⁸ Para David Corwin “el protocolo que prohíbe los gases venenosos y otras sustancias análogas, incluiría cualquier arma cuyos efectos fueran similares a los del gas venenoso (...) La radiación o las consecuencias radiactivas produce síntomas indistinguibles de los efectos de un veneno, y en algunos aspectos de manera más grave” (Corwin, D. 1987. The Legality of Nuclear Arms Under International Law. Penn State International Law Review: Vol. 5: N° 2, pg. 277)

recogidas en instrumentos internacionales se consideran también principios fundamentales de derecho humanitario y normas de naturaleza consuetudinaria, ampliamente reconocidas por los Estados.

De conformidad al DIH, en los conflictos armados los Estados no son libres para elegir cualquier tipo de armamento. Las necesidades militares se ven limitadas por las exigencias derivadas de las consideraciones humanitarias, por lo que en rigor en la guerra no todo se vale⁵⁹. Tras las explosiones nucleares de Hiroshima y Nagasaki, surgió un profuso y no resuelto debate en torno a la legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares ante el DIH, pues, como parece desprenderse de la sola naturaleza de estas armas, no existe un punto de conciliación entre ellas y el derecho de los conflictos armados.

Para los expertos, el uso de armas nucleares sería incompatible con los principios y normas de DIH. En su opinión consultiva, la CIJ llegó a un razonamiento similar tras un estudio de las disposiciones aplicables a las armas nucleares. Primero concluyó que no existía una prohibición expresa por parte del DIH del recurso a las armas nucleares, algo que sí ocurría con otras ADM o armas convencionales y que ya revisamos en el apartado anterior. Por otro lado, señaló que tampoco existía una autorización, lo que no significaba por ello que las armas nucleares fuesen ilegítimas. Luego, al revisar los principios fundamentales de derecho humanitario recogidos en diversos instrumentos internacionales, llegó al convencimiento que la amenaza o uso de las armas nucleares eran en general contrarias a estos principios, pues difícilmente este tipo de armas cumplía con los requisitos impuestos por el DIH. Sin embargo, la CIJ terminó resolviendo que no podía *“pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el 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”*⁶⁰

⁵⁹ Como señala Elliott Meyrowitz “la soberanía en tiempos de guerra no es absoluta porque las necesidades de la guerra no pueden exceder las leyes de la guerra” (Elliot L. Meyrowitz. 1990. Prohibition of nuclear weapons: The Relevance of International Law, pg, 21)

⁶⁰ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 105-E, pg. 42.

En definitiva, la CIJ se abstuvo de dar una respuesta concluyente a la pregunta formulada por la AG. No obstante, como ya decíamos, para no pocos las armas nucleares son incompatibles, bajo todo tipo de circunstancias y sin excepción alguna, con los principios y normas del DIH, pero además también estiman que son incompatibles con los Derechos Humanos y la dignidad humana⁶¹.

2.2.4.3 Derecho Internacional del uso de la fuerza.

El uso de la fuerza en las relaciones internacionales está prohibido. Sin embargo, en situaciones excepcionales y específicas, el uso de la fuerza se encuentra legitimado por el derecho internacional. El Derecho Internacional del uso de la fuerza o *ius ad bellum* está en la actualidad conformado precisamente por las normas jurídicas que regulan la legalidad de un ataque armado, siendo la disposición del artículo 2.4 de la Carta de la ONU la piedra angular de esta legislación. En ella se codifica el principio de prohibición del uso o la amenaza del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Sin embargo, como adelantábamos, esta prohibición no es absoluta. O más preciso, el Derecho Internacional del uso de la fuerza contempla algunas normas jurídicas que legitiman el uso de la fuerza bajo ciertos supuestos. Tales normas se encuentran en la misma Carta de la ONU, específicamente en el artículo 51, que reconoce el derecho inmanente a la legítima defensa, individual o colectiva, y los artículos 24 y 42, que contemplan un sistema de seguridad colectiva en que las decisiones sobre el uso de la fuerza las toma exclusivamente el CS.

Ahora, ni la prohibición del uso de la fuerza ni las excepciones de legítima defensa y acción coercitiva por parte del CS se refieren a armamentos en específico. El Derecho del uso de la fuerza no habla de tipos de armas, pues no prohíbe ni permite un arma en específico. Lo que nos dice que es que los ataques armados, sean perpetuados con armas nucleares o con armas convencionales, están prohibidos salvo que el uso de la fuerza se ejerza en defensa propia o en el marco del sistema de seguridad colectiva de la ONU. Sin embargo, incluso en los supuestos

⁶¹ IALANA & SLND. (2016) Threat or use of weapons of mass destruction and the right to life Comments and Proposal of, pg. 7.

de uso legítimo de la fuerza el recurso a las armas nucleares parece incompatible con el derecho internacional.

En el caso de la legítima defensa, el ejercicio de este derecho está sometido a ciertas limitaciones, como son las condiciones de necesidad y proporcionalidad. Los Estados que actúan en defensa propia deben cuidar que su respuesta sea necesaria y proporcional al ataque recibido. La CIJ, en su opinión consultiva de 1996 sobre la legalidad de las armas nucleares, advirtió que las condiciones de necesidad y proporcionalidad constituían normas de derecho internacional consuetudinario y que, fuera cual fuera el arma utilizada, la respuesta a un ataque armado ilícito debía ajustarse a tales requisitos. Por las características de las armas nucleares, resulta altamente dudoso que un Estado las utilice en defensa propia y que su uso sea legítimo. Los partidarios de la ilegalidad de las armas nucleares esperaban precisamente que la CIJ concluyera que una respuesta nuclear en legítima defensa no se ajustaba nunca a los requisitos exigidos por el artículo 51 debido a sus efectos altamente catastróficos y destructivos. Sin embargo, la CIJ optó por una respuesta ecléctica al concluir que no podía pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del recurso a las armas nucleares en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado.

Para algunos, la CIJ en realidad sí optó por una respuesta: que el uso de las armas nucleares no estaría prohibido por el derecho internacional en circunstancias extremas de legítima defensa en que la supervivencia de un Estado corriera peligro, requiriéndose copulativamente pues, tanto la situación extrema, como que la supervivencia de un Estado corriera peligro⁶². Pero, ya antes la CIJ había advertido que el uso de las armas nucleares debía ser compatible con las normas y principios del DIH, lo que nos hace volver inevitablemente sobre el problema de la legalidad incluso en circunstancias extremas de legítima defensa. Entonces, ¿cómo conciliamos estas normas? ¿Qué derecho prevalece? Resulta un poco difícil imaginar un escenario en que la autodefensa de un Estado realmente justifique las terribles consecuencias humanitarias de un ataque nuclear.

⁶² Bermejo-García, R. (1999) Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el Derecho Internacional, pg. 46

A nuestro juicio, la solución de este y otros conflictos legales relacionados con las armas nucleares está en el desarme nuclear completo a través de instrumentos vinculantes y no propiamente en la búsqueda en el mismo derecho internacional de alguna regla o principio que permita conciliar, en el supuesto de recurrir a armas nucleares, el derecho inmanente a la legítima defensa con los principios y normas del DIH.

2.2.4.4 Derechos Humanos.

El Derecho Internacional de los DDHH también fue invocado por los partidarios de la ilegalidad del uso de las armas nucleares durante la opinión consultiva de 1996. Para ellos, la amenaza o el uso de las armas nucleares constituía una privación arbitraria del derecho a la vida consagrado en el artículo seis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y en otros instrumentos internacionales regionales sobre protección de derechos humanos. En dicha oportunidad, también hubo quienes argumentaron en contra señalando que jamás se había contemplado la posibilidad de que el referido Pacto regulara las armas nucleares. También hay quienes señalaron que los derechos humanos se aplicaban solo en tiempos de paz y no en situaciones de conflicto armado.

En respuesta, la CIJ resolvió que la protección a la vida señalada en dicho instrumento no cesaba en tiempos de guerra, por lo que en principio el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente sí aplicaba en tiempos de hostilidades. Sin perjuicio de lo anterior, para que *“un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra, se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto, es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto”*⁶³

En otras palabras, la CIJ concluyó que el PIDCP estaba dirigido a la protección de los derechos humanos en tiempos de paz, por lo que las cuestiones relacionadas con la pérdida ilegal de vidas durante conflictos armados se regían por el derecho aplicable en tiempos de

⁶³ CIJ, Opinión Consultiva, párr. 26, pg. 16

hostilidades⁶⁴. Lo anterior, deducen los expertos, significaría que “*el uso de un arma en una situación de conflicto armado internacional solo violaría los derechos humanos si ese uso también constituye una violación de las normas del DIH*”⁶⁵, esto por aplicación del método de la *lex specialis derogat legi generali*.

El método de la *lex specialis* utilizado por la CIJ fue ampliamente criticado. De hecho, se estima que no es admisible considerar que el Derecho Internacional de los DDHH no pueda ofrecer una protección adicional respecto al uso de las armas nucleares en conflictos armados⁶⁶. Es más, en octubre del año 2018, el Comité de DDHH de la ONU emitió un *Comentario General* por el cual declaró que “*la amenaza o el uso de armas nucleares es incompatible con el derecho a la vida y puede llegar a constituir un delito según el derecho internacional*”. Agregó también que el derecho a la vida, codificado en el artículo seis del Pacto, “*es un derecho supremo que no permite ninguna derogación, incluso en situaciones de conflicto armado y otras emergencias públicas que amenazan la vida*”.

Lo cierto es que más allá de las posturas sobre la legalidad o ilegalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares, resulta difícil imaginar un escenario en que el recurso a las armas nucleares no suponga una violación de los derechos humanos, la dignidad humana y en general de los principios y normas de un sistema jurídico internacional comprometido con la protección de los derechos fundamentales de todo ser humano. Recordemos que la protección de los derechos humanos es un principio esencial del orden jurídico internacional y como tal debe ser respetado por todos los Estados, sin distinción.⁶⁷

2.2.4.5 Derecho Penal Internacional.

Las armas nucleares son probablemente las armas más peligrosas y destructivas del mundo. La mera existencia de este tipo de armamentos supone un gran riesgo para la humanidad.

⁶⁴ Casey-Maslen, S. (2015) The use of nuclear weapons and human rights. *International Review of the Red Cross*, 97 (899), pg. 667

⁶⁵ *Ibid*, pg. 668

⁶⁶ *Ibid*, pg. 669.

⁶⁷ Pagliarini, A.S. (2013) *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VIII, pg. 30

Es por ello que los partidarios de la ilegalidad de las armas nucleares estiman que su uso constituye un crimen internacional. De hecho, ya en el año 1961 la AG había declarado en una de sus resoluciones más significativas que *“el uso de armas nucleares y termo nucleares significa una guerra contra la humanidad en general”* y que en definitiva el *“Estado que utilice armas nucleares y termonucleares comete un crimen contra la humanidad”*⁶⁸ Sin embargo, el Estatuto de Roma no declara la ilegalidad de las armas nucleares ni tampoco se refiere expresamente a ellas. Pese a que el uso de tales armas podría significar el completo exterminio de la humanidad, no se logró el consenso suficiente para incluirlas en el Estatuto.

Ahora bien, los crímenes internacionales como el delito de genocidio, los crímenes de guerra o de lesa humanidad, pueden ser perpetrados con cualquier tipo de armamento, por lo que en rigor el Derecho Penal Internacional no es del todo silencioso respecto a las armas nucleares⁶⁹. Por ello, algunos Estados sugirieron a la CIJ durante el examen sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares del año 1996, la posibilidad de que el uso de dichas armas constituyese un delito de genocidio de conformidad a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Estatuto de Roma. El artículo II de dicha Convención establece un listado de actos que *“perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”* serían considerados delitos de genocidio.

En aquella oportunidad, se argumentó ante la Corte que las armas nucleares causan un gran número de muertes y que en ciertos casos entre las víctimas podría haber personas de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Ante ello, la CIJ respondió que en efecto podía darse el supuesto de delito de genocidio siempre y cuando el recurso a las armas nucleares *“entrañara el elemento de intención respecto de un grupo como tal (...) por lo que solo podría llegar a dicha conclusión tras considerar las circunstancias propias del caso”*⁷⁰

⁶⁸ A/RES/1653/XVI.

⁶⁹ Roger S, C. (2013) International Criminal Court and Nuclear weapons. (New Zealand/Switzerland discussion on Nuclear Weapons and International Law, New York, pg. 1

⁷⁰ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 27, pág. 17.

Pese a la respuesta de la CIJ, el pensamiento de algunos sectores es que el mero recurso a las armas nucleares lleva implícita la intención genocida pues estas armas matan a un número indiscriminado de personas, hieren y causan daños graves que perduran en el tiempo. En ese sentido es que se ha dicho que atacar a un Estado con armas nucleares es equivalente a planear la extinción de esa nación⁷¹. Siguiendo una lógica similar, se argumenta que el recurso a las armas nucleares es un crimen de lesa humanidad y también eventualmente un crimen de guerra en situación de conflicto armado, lo que viene determinado esencialmente por las características de este tipo de armas.

A nuestro juicio las conclusiones de los partidarios de la ilegalidad de las armas nucleares resultan lógicas desde el punto de vista de los principios y normas del derecho internacional y en particular del DIH. Sin embargo, la modificación del Estatuto de Roma de tal suerte que incluya a las armas nucleares como armas prohibidas y reconozca su uso como crimen contra la humanidad sería ciertamente mucho más efectivo.

2.2.4.6 Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Si en un conflicto armado los Estados poseedores de armas nucleares se aventuraran a recurrir a las armas nucleares, los daños provocados por tales explosiones serían catastróficos. Según datos aportados por el ICAN, lo más cercano a la explosión quedaría reducido a cenizas, mientras que los efectos de la radiación provocarían cambios importantes en el medio ambiente y el ecosistema, tales como lluvias radiactivas, alteraciones genéticas en plantas y animales o destrucción de la capa de ozono⁷². Todo esto, evidentemente, afectaría no solo a los países involucrados en el conflicto, sino a otros Estados y a la humanidad completa, incluyendo a las futuras generaciones.

⁷¹ Kuhn Bleimaier, J. (1990) Nuclear weapons and crimes against humanity under International Law. *The catholic Lawyer*, 33 (2), pg. 167

⁷² Como detalla el informe de ICAN titulado Catástrofe Humanitaria del año 2013, “una guerra nuclear regional en que se utilizaran solamente cien bombas como la de Horishima (la mayoría de los Estados nucleares tiene bombas decena de veces más potentes) alteraría el sistema climático mundial y pondría en situación de riesgo de hambruna a mil millones de personas (...) a causa del hundimiento de la agricultura provocado por la baja drástica de las temperaturas y la destrucción de la capa de ozono” (Disponible en línea en <http://www.icanw.org/wp-content/uploads/2013/07/CHH-Booklet-esp2.pdf>)

Sin embargo, no siempre fue tan claro el poder inmensamente destructivo de las armas nucleares, o más preciso, no siempre fue tan pública ni tan precisa la información sobre las consecuencias de las armas nucleares en el medio ambiente. La poderosa evidencia sobre los efectos catastróficos de las armas nucleares ha llevado a algunos sectores a abordar la aplicabilidad del Derecho Internacional del Medioambiente al desarrollo, posesión y uso de armas nucleares. De hecho, ya en 1996, algunos Estados argumentaron a la CIJ que todo uso de armas nucleares sería ilegal de conformidad a las normas vigentes en materia de salvaguardias y protección del medio ambiente, normas que, por cierto, se aplicaban tanto en tiempos de guerra como de paz. En dicha oportunidad se citaron varios instrumentos internacionales, tales como el párrafo 3 del artículo 35 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención de 1977 sobre la Prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, y el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 junto con el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992, que expresan la convicción de que existe la obligación de velar porque las actividades realizadas dentro de la jurisdicción de un Estado no causen daños ambientales a otros Estados.

La Corte reconoció que el empleo de armas nucleares sí podría tener efectos catastróficos para el medio ambiente y, tras una revisión de la normativa pertinente, llegó a dos conclusiones importantes. Primero, que la regla de “no dañar” el medio ambiente de otros Estados, recogida en las Declaraciones ya citadas, es una norma de derecho internacional consuetudinario. Y segundo, que *“si bien el Derecho Internacional del Medio Ambiente no establece una prohibición expresa al recurso a las armas nucleares, sí señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado”*⁷³. En otras palabras, los principios y normas de DIH para la protección de civiles y objetos civiles, entre ellos el de proporcionalidad y necesidad del ataque, también se aplican para proteger el medio ambiente⁷⁴,

⁷³ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 29, pg. 18

⁷⁴ Nanda, V. P. (2006). International environmental norms applicable to nuclear activities, with particular focus on decisions of international tribunals and international settlements. *Denv. J. Int'l L. & Poly*, 35, pg. 57

por lo que en rigor un ataque con armas nucleares que significase daños graves o prolongados al medio ambiente supondría una violación de las normas de DIH.

Ahora bien, algunos expertos van más allá y advierten que el uso de armas nucleares es también incompatible con aquellos tratados sobre derechos humanos que establecen específicamente el derecho a un medio ambiente sano, o bien respecto de aquellos que, en términos más generales, establecen el derecho al más alto nivel de salud posible, como es el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales⁷⁵. A nuestro juicio, abarcar las armas nucleares desde el punto de vista de los derechos humanos es interesante porque permite evidenciar la incompatibilidad de su posesión o potencial uso con un sistema jurídico internacional cada vez más preocupado de la protección de los DDHH fundamentales.

En resumidas cuentas, el problema de las armas nucleares y el medio ambiente puede abordarse desde varios ángulos, ya sea aplicando las normas medioambientales dentro del DIH, como resolvió la CIJ en su opinión consultiva, yendo a los tratados particulares sobre protección del medio ambiente o bien a través del derecho internacional de los derechos humanos⁷⁶.

⁷⁵ Casey-Maslen, S. Ibid, pg. 675.

⁷⁶ Lewis, P & Unal, B & Aghlani, S. (2016) Nuclear disarmament: The missing link in multilateralism. International Security Department, The Royal Institute of International Affairs. pg. 8

CAPÍTULO TERCERO

El Derecho Internacional Consuetudinario y las armas nucleares.

3.1 Normas de Derecho Internacional Consuetudinario aplicables a las armas nucleares.

3.1.1 Control de armamentos.

Según ya vimos, las armas nucleares se encuentran reguladas expresamente por medio de diversos tratados internacionales. En el estudio detallado de estos instrumentos, advertimos que ciertas normas convencionales tenían a su vez naturaleza consuetudinaria, ya sea porque fueron codificadas en tales documentos escritos, porque se cristalizaron en un tratado o bien porque comenzaron a formarse precisamente a partir de un tratado internacional.

La regulación de armamentos por el derecho convencional y consuetudinario es lo que los especialistas suelen llamar régimen de desarme y control de armamentos. Que el derecho consuetudinario regule ciertas armas es de gran relevancia porque las normas jurídicas consuetudinarias son en principio obligatorias para todos los Estados de la comunidad internacional. Eso significa que, aun cuando hay Estados que no son parte de uno o más instrumentos internacionales sobre control de armamentos, las normas consuetudinarias sobre esa materia sí son obligatorias para ellos.

El contenido de las normas consuetudinarias sobre regulación de armamentos es diverso. Pueden prohibir absolutamente el uso, posesión o despliegue de un arma, o hacerlo solo parcialmente respecto a ciertas áreas geográficas específicas. Asimismo, pueden prohibir la realización de ensayos de ciertas armas o restringir su uso o posesión. En el caso particular de las armas nucleares, las normas de derecho consuetudinario aplicables probablemente son mucho más difíciles de identificar, toda vez que no hay absoluto consenso sobre su existencia.

Sin embargo, los especialistas han identificado normas de derecho consuetudinario sobre control de armamentos y algunas disposiciones de tratados sobre la materia que podrían haber

dado origen a normas consuetudinarias, como es la obligación de negociar de buena fe y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear de conformidad al artículo VI del TNP, la prohibición de realizar todo tipo ensayos nucleares, la prohibición de realizarlos en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y el fondo marino, y el uso pacífico de la Antártica. Pasaremos a revisarlas a continuación.

3.1.1.1 Obligación de negociar de buena fe y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos.

La consolidación de la obligación contenida en el artículo VI del TNP como norma consuetudinaria fue invocada por las Islas Marshall en sus demandas ante la CIJ contra los nueve Estados poseedores de armas nucleares. Según adelantamos, las solicitudes no prosperaron principalmente porque los Estados poseedores de armas nucleares negaron la jurisdicción de la Corte en la materia. Solo India, Pakistán y el Reino Unido comparecieron para presentar excepciones preliminares, mientras que países como Estados Unidos o Francia optaron por guardar silencio. Al final, la CIJ falló a favor de las excepciones preliminares expuestas por los únicos tres Estados que comparecieron y la comunidad internacional se perdió la discusión sobre el fondo del asunto. Pero, de prosperar, ¿qué habría dicho la CIJ acerca de la obligación consuetudinaria de negociar de buena fe y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos?

No parece arriesgado suponer que la Corte habría mantenido su postura acerca del contenido de la obligación del artículo VI del TNP, esto es, que se trataría de una obligación de resultados y no meramente de conducta: los Estados parte del tratado estarían obligados a negociar de buena fe y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos.

Pero, ¿acaso habría concluido que dicha obligación vinculaba también a los Estados no parte, como India y Pakistán? Esta pregunta no es fácil de responder. Las posturas de los Estados involucrados fueron evidentemente contrapuestas. Para las Islas Marshall la obligación de perseguir y concluir negociaciones de desarme es una obligación *erga omnes* de derecho

internacional consuetudinario, es decir, debida a toda la comunidad internacional, de tal suerte que “*cada Estado tendría un interés legal en su cumplimiento oportuno y a su vez el deber legal correspondiente de ayudar a lograrlo*”⁷⁷. Este argumento se vería reforzado por una amplia gama de resoluciones de la AG sobre la materia. Para India y Pakistán, por el contrario, las resoluciones de la AG carecen de fuerza vinculante y difícilmente bastarían para probar la existencia de una norma de derecho consuetudinario al respecto. A ello agregan que cuando la CIJ se refirió en su opinión consultiva a la obligación de conformidad al artículo VI jamás dio a entender que fuera general ni mucho menos *erga omnes*⁷⁸.

A nuestro juicio, hay más argumentos para estimar que la obligación del artículo VI podría haberse consolidado en una norma de derecho consuetudinario que para no hacerlo. Las resoluciones de la AG y el CS en realidad sí son relevantes por cuanto su rol en la prueba y formación del derecho internacional consuetudinario ha sido reconocido ampliamente por la misma CIJ y por la doctrina mayoritaria. En su opinión disidente sobre el caso en cuestión, el juez Cançado Trindade advirtió que varias de las resoluciones invocadas por Islas Marshall se referían a la obligación de proseguir y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear sin mencionar el TNP ni tampoco a los Estados parte⁷⁹. Aquello sería particularmente significativo pues revelaría la existencia de una *opinio juris* sobre el carácter general de la obligación contenida en el artículo VI⁸⁰.

Por otro lado, cuando la Corte concluyó por decisión unánime de sus jueces que los Estados tenían la doble obligación de proseguir y concluir negociaciones conducentes al desarme nuclear si bien no se refirió a su carácter *erga omnes* tampoco mencionó el artículo VI ni a los Estados parte del tratado⁸¹. Pero, aun en el caso de que la CIJ hubiera resuelto concluir que la obligación era vinculante solo para los Estados parte del TNP, en los más de veinte años transcurridos desde entonces, una costumbre sobre la obligación de desarme podría haberse

⁷⁷ De Wet, Erika (2013) Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty First Century: Progressive Development Since Barcelona Traction, 27, pg. 2.

⁷⁸ The obligation Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament, Counter-memorial of Pakistan, Jurisdicción and admissibility, 2015, pg. 8

⁷⁹ Republic of the Marshall Islands cases, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, pg. 637

⁸⁰ Ibid, pg. 239

⁸¹ Véase párrafo 100 de la opinión consultiva de la CIJ, año 1996.

finalmente consolidado. Por lo demás, varios de los jueces que emitieron declaraciones u opiniones separadas o disidentes, se refirieron a la obligación del artículo VI en términos tales como obligación “general” o “universal”, los que claramente pretenden aludir a un compromiso de todos los Estados y no solo de los Estados parte del TNP. La mayoría de ellos también advirtió el carácter *erga omnes* de dicha obligación, aunque sin entrar en detalles al respecto. Ya revisamos que, si bien la doctrina no es por cierto práctica estatal ni *opinio juris*, sí es relevante para la identificación o prueba de la existencia de uno u otro elemento.

En general, la opinión y la práctica de la comunidad internacional parece inclinarse más porque el desarme nuclear completo es una obligación que incumbe a todos los Estados, incluidos los no parte del TNP. La ILA analizó el contenido de la obligación del artículo VI⁸² y advirtió que los Estados en general, incluidos los no parte del TNP, se han manifestado en diversas instancias contra las armas nucleares y a favor de la pronta firma de un instrumento internacional sobre desarme completo. Las declaraciones vertidas en las Conferencias de Examen del TNP, así como la reciente firma del TPN por un amplio número de Estados, constituyen un claro reflejo de la postura compartida por la comunidad internacional respecto al desarme nuclear completo como un compromiso universal. Para la ILA, aun en el supuesto de que la norma del artículo VI no haya cristalizado todavía en una norma de derecho consuetudinario, es indiscutible que al menos una costumbre al respecto está desarrollándose⁸³.

Nosotros estimamos que se trata de una costumbre consolidada y también de carácter *erga omnes*, esto último porque tanto las Islas Marshall como los demás Estados de la comunidad internacional tendrían un interés legal en que se cumpliera la obligación consuetudinaria de negociar medidas encaminadas al desarme nuclear completo, después de todo, como ya vimos a propósito del derecho internacional del medio ambiente y las armas nucleares, la comunidad completa se vería perjudicada seriamente en caso ataque nuclear o por el uso accidental de armas nucleares⁸⁴.

⁸² Véase ILA, Nuclear weapons, non-proliferation and Contemporary International Law, Washington Conference, 2014.

⁸³ Ibid, pg 19.

⁸⁴ Ahora, difícilmente en el caso Islas Marshall se habría obtenido un fallo en que el eventual carácter *erga omnes* de la obligación consuetudinaria de desarme nuclear hubiera resultado decisivo, habida cuenta de que, como la misma CIJ lo ha señalado, no puede pronunciarse sobre la legalidad o no del

El comportamiento de algunas potencias nucleares respecto al desarrollo de armas nucleares por parte de Pakistán o Corea del Norte demuestra que estos estiman que la obligación de desarme nuclear es vinculante incluso para los Estados no parte del TNP. Como veremos a propósito del Derecho del uso de la fuerza, algunos Estados como Estados Unidos han barajado la posibilidad de utilizar la fuerza para obligar a algunos Estados a abandonar sus programas nucleares. Así, por ejemplo, ante los recientes ensayos nucleares de Corea del Norte, Estados Unidos advirtió que no descartaba tomar una postura más agresiva para lograr la completa desnuclearización de la península. Sin embargo, como vimos, la cuestión quedó aparentemente resuelta por medio de una Declaración Conjunta.

Luego, si analizamos el discurso de algunos Estados no parte del TNP, estos se suelen referir al desarme nuclear o a la eliminación de toda arma nuclear como un compromiso más allá del TNP, o incluso sin alusión alguna al TNP, lo que es un indicio de que la obligación ha trascendido el tratado mismo. India y Pakistán incluso han votado a favor de resoluciones de la AG que instan a los Estados a iniciar negociaciones sobre desarme nuclear. Ahora, debemos recordar que lo que dicen los Estados no siempre es un reflejo de sus creencias sobre el derecho consuetudinario y que las conductas tampoco lo son, pero aun cuando puede haber razones esencialmente políticas, los expertos señalan que esto no es impedimento para que las declaraciones o conductas de los Estados estén igualmente motivadas por la creencia de que el desarme nuclear es una obligación general⁸⁵.

comportamiento de un Estado que no le ha conferido jurisdicción (Véase, por ejemplo, *East Timor Portugal vs Australia*, fallo. ICJ. Reports 1995) Por lo demás, según observa Erika de Wet, “la CIJ ha sido más bien reacia a considerarse a sí misma como una institución responsable de la aplicación de los intereses de toda la comunidad (...) donde el Estado que invoca un interés legal no ha sufrido daños materiales, a menos que un instrumento internacional lo establezca expresamente” (de Wet, Erika, 2013, op.cit, pg. 13)

⁸⁵ Weise, R.A. (2011). How nuclear weapons change the doctrine of self-defence, *NYUJ Int'l L. & Pol.* 44, pg. 1355

3.1.1.2 Prohibición de realizar ensayos nucleares.

Como ya revisamos, la realización de ensayos nucleares está estrechamente relacionada con la proliferación de armas nucleares. De ahí que sea tan relevante para el régimen de desarme y no proliferación nuclear que el TPCEN entre en vigor. Pero, mientras eso no ocurre, en principio no todos los ensayos nucleares están prohibidos. Decimos en principio por dos razones: Primero, porque los ensayos nucleares bajo tierra, los únicos no prohibidos expresamente por el TPPEN, están permitidos solo en tanto los restos radioactivos no traspasen los límites territoriales del Estado bajo cuya jurisdicción se realicen. Y segundo porque en la práctica, salvo el Caso de Corea del Norte, ningún Estado ha realizado ensayos nucleares en más de veinte años, lo que ha hecho suponer a algunos que los Estados en realidad sí creen que todo tipo de ensayo nuclear está prohibido.

Pero, ¿hay antecedentes más allá de la moratoria internacional que permitan acreditar que los Estados se han abstenido de realizar todo tipo de ensayos nucleares porque creen que una norma jurídica los prohíbe? A nuestro juicio, es probable que la amplia mayoría de los Estados sí crea que los ensayos nucleares violan el derecho internacional. Después de todo, son diversas las instancias en que la comunidad internacional se ha manifestado en contra de todo tipo de ensayos nucleares por los efectos dañinos que provoca la radiación en las personas y el medio ambiente. Lo más significativo es que este rechazo generalizado a los ensayos nucleares antecede con creces a la moratoria internacional. Ya en el año 1961, la AG daba un paso hacia delante, condenando energéticamente todo tipo de ensayo de armas nucleares y exhortando a los Estados a comprometerse con un tratado que los prohibiera de forma definitiva. Desde entonces, el principal organismo de la ONU no ha dejado de emitir resoluciones recordando los peligros detrás de las detonaciones nucleares y exhortando a todos los Estados de la comunidad internacional sin distinción, a adherirse al TPCEN⁸⁶.

⁸⁶ La más reciente de las resoluciones, de diciembre del 2018, A/Res/73/86 insta a todo los Estados, sin distinción, a no efectuar explosiones de ensayo de armas nucleares ni ninguna explosión nuclear, a mantener la moratoria al respecto y a abstenerse de todo acto contrario al objeto y propósito del TPEN, además de, por cierto, condenar los ensayos nucleares de Corea del Norte.

Si un Estado decide de pronto reanudar sus pruebas nucleares no cabe duda que recibirá el repudio de la comunidad internacional, tal y como ocurrió con Corea del Norte y sus recientes detonaciones nucleares en el año 2017, los que por cierto fueron calificados por el CS de la ONU como una grave amenaza al régimen internacional de no proliferación nuclear. De hecho, incluso Estados Unidos reaccionó condenando enérgicamente los ensayos realizados por el país asiático, aun cuando el primero ni siquiera ha ratificado el TPCEN y el segundo no es parte de ningún tratado que le prohíba realizar tales pruebas. Desde ese punto de vista, como señala Venturini “*resulta difícil de imaginar que el CS considere un acto legal atribuible a un Estado como una amenaza para la paz*”⁸⁷

Por lo demás, la mayoría de los Estados reconocidos como nucleares no solo de hecho mantienen la moratoria internacional, sino que además decidieron ratificar el TPCEN. La reticencia de Estados Unidos y de China a ratificarlo y la de los Estados poseedores de facto a firmarlo, puede ciertamente significar un obstáculo a la prohibición convencional de los ensayos nucleares, pero en vista del escenario actual no debe también ser un obstáculo a la creencia generalizada de que todo tipo de ensayo nuclear es incompatible con el DIP. Después de todo, por iniciativa de la misma comunidad internacional es que más del cincuenta por ciento de la superficie de la tierra corresponde a zonas desnuclearizadas, donde los ensayos nucleares de todo tipo están prohibidos. A ello se suma el progresivo interés que los Estados han puesto en la protección internacional del medio ambiente. El DIP actual resulta en gran medida incompatible con los ensayos nucleares por sus perjudiciales efectos sobre el medio ambiente, en especial lo que respecta a los ensayos atmosféricos.

A nuestro juicio, los antecedentes son en general consistentes con una *opinio juris* sobre la ilegalidad de todo tipo de detonaciones nucleares. La moratoria internacional de hecho sí se ve reforzada a través del compromiso de algunos Estados poseedores de armas nucleares con el TPCEN, la observancia de los compromisos sobre desarme y no proliferación nuclear por la gran mayoría de la comunidad internacional y por el progresivo interés de la comunidad internacional en la protección del medio ambiente y en la regulación del impacto humanitario

⁸⁷ Venturini, G. (2014) Test-bans and the comprehensive test ban treaty organization. Nuclear Non-proliferation in International Law 1(6), pg.150

relacionado con las actividades nucleares en general. Puede que para algunos sea demasiado pronto para concluir que una norma consuetudinaria que prohíbe todo tipo de detonaciones nucleares se ha consolidado, pero lo cierto es que el absoluto repudio que recibiría la reanudación de ensayos nucleares hace suponer que a lo menos una costumbre internacional en ese sentido se encuentra en formación. Es más, puede que la entrada en vigor del TPCEN sea el impulso que se requiere para que la prohibición de realizar todo tipo de explosiones nucleares finalmente se cristalice en el derecho internacional consuetudinario.

Ahora, por otra parte, aun sin la consolidación de una norma consuetudinaria que prohíba todo tipo de detonaciones nucleares, de todos modos, la realización de explosiones nucleares sí supondría la violación de ciertas leyes internacionales, algunas de las cuales también son normas consuetudinarias. Revisaremos en particular cuatro: la prohibición de realizar ensayos nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, la obligación de proseguir negociaciones de buena fe encaminadas al desarme nuclear y por último las leyes consuetudinarias de derecho medioambiental que pudieren ser aplicables.

3.1.1.2.1 Prohibición de realizar ensayos nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua.

Recordemos que en el año 1963 entró en vigor el TPPEN, por el que se prohibieron los ensayos nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua. Amplios sectores de la doctrina estiman que el tratado en cuestión pudo haber cristalizado o bien dado origen a una norma consuetudinaria que prohibiría los ensayos nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua⁸⁸. Esta postura se basa principalmente en el hecho de que el tratado cuenta, desde sus inicios, con la aceptación casi universal de la comunidad internacional y porque hacia fines de la década de los setenta ya todos los Estados habían abandonado definitivamente los ensayos nucleares atmosféricos.

⁸⁸ D'amato, A. (1967) Legal aspects of the French nuclear tests. Fitculty Working Papers, pg. 7

De hecho, Estados Unidos, Rusia y el Reino Unido pusieron fin a sus pruebas en la atmósfera incluso antes de la firma del TPPEN, advertidos por la creciente oposición de los Estados no nucleares, y luego acomodaron sus propias legislaciones para hacer frente a las obligaciones del tratado. Francia ignoró la moratoria y el tratado en un principio, pero luego de ser llevada ante la CIJ por sus explosiones en la Polinesia Francesa, declaró públicamente en el año 1973 que no realizaría más explosiones atmosféricas, lo que hasta la fecha ha cumplido. Por lo demás, cuando India, Pakistán y Corea del Norte llevaron a cabo sus primeras explosiones nucleares, todas ellas fueron subterráneas, a pesar de que ninguno es parte del tratado. El comportamiento de los Estados de conformidad a una o más disposiciones de un tratado al que no adhieren es una valiosa evidencia de una posible aceptación como ley.

A nuestro juicio, no cabe duda de que la práctica posterior a la firma del tratado es consistente con la aceptación de una regla general que prohibiría las explosiones nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua. De este modo, aun cuando pueda haber dudas sobre la ilegalidad de todo tipo de ensayos nucleares, al menos en lo que respecta a los ensayos en la atmósfera, los Estados, incluidos los poseedores de armas nucleares, parecen bastante convencidos de que son ilegales.

3.1.1.2.2 Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

Como ya sabemos, el TPCEN se firmó en el año 1996, pero todavía no entra en vigor. Esto, sin embargo, no significa que los Estados que lo firmaron o ratificaron no tengan la obligación de respetarlo. La regla del artículo 18 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados impone a los signatarios precisamente la obligación de abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y el fin de un tratado, salvo que el Estado haya manifestado su intención de no llegar a ser parte o si la entrada en vigor se retarda indebidamente⁸⁹.

⁸⁹ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (Disponible en línea en <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>)

En el caso del TPCEN, los cinco Estados reconocidos como poseedores de armas nucleares firmaron el tratado y Rusia, Francia y el Reino Unido lo ratificaron. Aunque Estados Unidos no es parte de la Convención de Viena, existe amplio consenso en cuanto a que el artículo 18 refleja una regla de derecho internacional consuetudinario⁹⁰, por lo que la obligación de no frustrar el fin o el objeto del TPCEN es igualmente vinculante para Estados Unidos, el que, por cierto, ha reconocido expresamente que la Convención sí refleja el derecho consuetudinario⁹¹. A este respecto, la reanudación de pruebas nucleares por parte de cualquiera de estos Estados supondría sin duda una violación del objeto y fin del TPCEN, después de todo el tratado prohíbe los ensayos nucleares precisamente como una medida para prevenir la proliferación nuclear y lograr el objetivo final del desarme nuclear completo.

Ahora, no se puede desconocer tampoco que la entrada en vigor del TPCEN lleva más de veinte años pendiente. Para algunos podría suponer un “retardo indebido” de conformidad al referido artículo 18, pero lo cierto es que, según ya revisamos, la práctica de los Estados a lo largo de estos años ha sido en realidad bastante consistente con el objeto del tratado⁹². Incluso países como India y Pakistán, que no son signatarios del TPCEN, firmaron un acuerdo en el año 1999 por el que se comprometieron a suspender los ensayos nucleares, algo que han cumplido hasta el día de hoy. Por lo demás, ninguno de los Estados signatarios ha manifestado recientemente su intención de dejar de ser parte del tratado, al contrario, los esfuerzos están puestos en lograr que Estados Unidos ratifique el tratado porque se cree que eso llevará a China y a los demás Estados restantes a hacerlo también. De nuevo, aunque pueda haber dudas sobre la consolidación de una norma consuetudinaria que prohíba completamente los ensayos nucleares, al menos los Estados poseedores de armas nucleares que firmaron o ratificaron el TPCAN no son plenamente libres de retomar los ensayos subterráneos porque violaría la norma consuetudinaria que les prohíbe realizar actos contrarios al objeto y fin de dicho tratado.

⁹⁰ Bunn, G. (1999) The status of norms against nuclear testing. *The Nonproliferation Review*, pg. 24

⁹¹ Losers always whine about their test american nuclear testing, pg 352.

⁹² Venturini, G. 2014, pg. 148

3.1.1.2.3 Obligación de negociar de buena fe medidas encaminadas al desarme nuclear.

Como vimos, hay bastantes argumentos a favor de que la obligación del artículo VI del TNP habría cristalizado en una norma consuetudinaria y que, por ende, sería vinculante para todos los Estados, incluido los únicos cuatro países que no son miembros del tratado y que, de hecho, poseen armas nucleares. También vimos que esta norma consuetudinaria tendría el mismo tenor que la norma convencional, es decir, que obligaría a los Estados a proseguir negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares, al desarme nuclear y sobre un tratado de desarme general y completo.

Para algunos especialistas, la reanudación de ensayos nucleares no solo iría contra el fin y objeto del TPCEN respecto de los Estados que lo firmaron, sino que también supondría, respecto de todos los demás, una violación de la norma consuetudinaria que obliga a los Estados a negociar de buena fe medidas encaminadas al desarme nuclear⁹³. Al fin de cuentas, el Estado que realiza pruebas de armas nucleares lo hace porque está desarrollando nuevo arsenal o bien porque está perfeccionando el ya existente, todo lo cual sería contrario a las medidas encaminadas a la cesación de la carrera de armamentos y el desarme nuclear de conformidad a la norma convencional y consuetudinaria.

Ahora, los Estados poseedores de armas nucleares probablemente no estén de acuerdo con esta interpretación, después de todo el artículo VI no se refiere a los ensayos nucleares ni obliga tampoco a los Estados a abstenerse de realizarlos. Pero, aunque esto es cierto, si analizamos el propósito detrás de los muchos ensayos nucleares que se han realizado a lo largo de la historia, los cuales han sido esencialmente poner a prueba la capacidad nuclear existente o contribuir al desarrollo de nuevos tipos de armas nucleares, no cabe duda de que la reanudación de estos sería contrario al objetivo de frenar la carrera de armamentos y lograr el desarme nuclear. De hecho, los mismos miembros del TNP han reconocido la importancia vital de la

⁹³ Burke, R.C (2010). Losers Always Whine About Their Test: American Nuclear Testing, International Law, and the International Court of Justice, Ga. J. Int'l & Comp. L.,39, pg. 354.

entrada en vigencia del TPCEN para el objetivo de un mundo libre de armas nucleares y como una medida efectiva en materia de control de armamentos y desarme nuclear⁹⁴.

Otra vez, aunque se discuta la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba la realización de ensayos nucleares, estos sí supondrían la violación de la obligación convencional y consuetudinaria de proseguir medidas efectivas encaminadas al desarme nuclear.

3.1.1.2.4 Normas consuetudinarias de Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Cuando en el año 1973, Nueva Zelanda y Australia demandaron a Francia ante la CIJ por ensayos nucleares atmosféricos realizados en la Polinesia Francesa, argumentaron que estos ensayos suponían la violación del DIP porque causaban el depósito de sustancias radioactivas en sus territorios. En aquella época no se tenía certeza del impacto medioambiental de los ensayos nucleares atmosféricos, mientras que se creía que los ensayos subterráneos eran totalmente inocuos, por lo que, si la CIJ se hubiera pronunciado sobre el fondo del asunto y, particularmente, sobre el impacto medio ambiental de los ensayos nucleares en general, tal vez habría resuelto que no había constancia de que tales daños fuesen permanentes o graves. Pero en la actualidad se sabe que los ensayos nucleares atmosféricos y bajo el agua contaminaron con residuos radiactivos el aire y las aguas, y que los ensayos subterráneos también causaron la contaminación de los suelos, aunque ciertamente en menor medida.

Si hoy día la CIJ tuviese que revisar, por ejemplo, el asunto de los ensayos nucleares de Corea del Norte, ¿qué diría sobre las normas consuetudinarias de derecho del medioambiente aplicables? A nuestro juicio, podría concluir que la realización de ensayos nucleares en general violaría la obligación consuetudinaria de velar porque las actividades realizadas dentro de la jurisdicción de un Estado no causen daños ambientales a otros Estados. Como bien sabemos, la

⁹⁴ De ahí que, en la conferencia de Examen del TNP del año 1995, se considerara la firma de un Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares como una medida necesaria para lograr el objetivo de la no proliferación y el desarme nuclear. (Garrido Rebolledo, V. 2005, supra note 34, pg. 5)

misma CIJ se refirió, en su opinión consultiva sobre la licitud del uso de armas nucleares, a esta llamada “regla de no dañar” como un principio de derecho consuetudinario y por ende vinculante para todos los Estados. De hecho, la regla de no dañar también aparece en el TPPEN precisamente respecto de los ensayos bajo tierra, pues sujeta estos a la condición de que no generen desechos radiactivos que traspasen los límites territoriales de los Estados que los realicen.

Aunque ciertamente la violación de la “regla de no dañar” es más patente en el caso de los ensayos nucleares atmosféricos, los ensayos subterráneos no escapan del todo de esta norma, tanto porque así parece fijarlo el TPPEN como porque en general los estudios han demostrado que ni las medidas de seguridad más rigurosas pueden contener en un cien por ciento el material radioactivo⁹⁵. En ese sentido, ante los cuestionamientos sobre una prohibición general de todo tipo de ensayos nucleares, esta regla podría ser un argumento válido para reclamar la ilicitud de los ensayos nucleares que se realicen si logra acreditarse los perjuicios ecológicos que resultaren de ellos, en especial de los atmosféricos o acuáticos, los que, según vimos, estarían además prohibidos por la costumbre internacional.

3.1.1.3 El uso exclusivamente pacífico de la Antártica.

Como ya sabemos, el tratado Antártico no es propiamente un tratado internacional sobre control de armamentos. Su propósito principal es asegurar, en interés de toda la humanidad, que la Antártica sea utilizada exclusivamente para fines pacíficos, esto debido a la importancia estratégica, climática y geofísica de la región. Sin embargo, para asegurar el uso pacífico de la Antártica el tratado sí establece prohibiciones relacionadas con el uso o despliegue de armamentos. Prohíbe expresamente las pruebas de armas y las explosiones nucleares, y, como establece la desmilitarización de la zona, otras prohibiciones son implícitas, como la de emplazar armas o de utilizarlas en la región, incluyendo por cierto las armas nucleares.

⁹⁵ Los datos aportados por el UNSCEAR, organismo de la ONU, indican que algunos de los sitios utilizados para pruebas subterráneas presentan una concentración elevada de isótopos radioactivos, los que constituyen un riesgo de contaminación de las aguas subterráneas. El estudio también advierte que los ensayos nucleares subterráneos, a diferencia de lo que se cree, pueden provocar la contaminación accidental de la atmósfera como consecuencia de la ventilación. (Disponible en línea en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4165831/>)

No hay ninguna duda de que los Estados parte del tratado tienen prohibido emplazar armas nucleares en la Antártica y todavía más a ensayar con ellas, pero no es del todo clara la situación con respecto a los Estados no parte. Para ciertos sectores, el uso exclusivamente pacífico de la Antártica es un principio de Derecho Internacional Consuetudinario y por tanto obligatorio para todos los Estados sin distinción⁹⁶. Para ello se basan en la existencia de una práctica uniforme por parte de los Estados que se ha extendido por más de medio siglo, pues hasta la fecha el continente mantiene un estado no militarizado y libre de armas nucleares. A dicha práctica, se sumaría una *opinio juris* sobre el uso exclusivamente pacífico de la Antártica, constatada a través de las resoluciones de la AG de la ONU, particularmente las referidas a la llamada *Cuestión Antártica*.

Algunos van un poco más allá y argumentan que se trataría de una norma consuetudinaria de *ius cogens*, lo que se vería reforzado por una *opinio juris cogentis* arraigada en la comunidad internacional y por tanto igualmente vinculante para todos los Estados⁹⁷. La lógica detrás de este argumento viene dada por el principio y norma *ius cogens* de prohibición de uso o amenaza del uso de la fuerza, del tal suerte que el uso pacífico de la Antártica sería una especificación de dicho principio. Si ese fuera el caso, ninguna norma consuetudinaria ni tratado internacional posterior podría dejarla sin efecto y solo podría ser modificada o derogada por una norma de la misma categoría.

Lo cierto es que hasta la fecha el Tratado Antártico se ha mantenido incólume. No es arriesgado inducir que se ha creado progresivamente una práctica constante y uniforme en cuanto al uso pacífico del continente, la que se ha visto reforzada por una creencia sobre la obligatoriedad de dicha práctica, y cuya prueba se encuentra en las resoluciones de la AG de la ONU. En efecto, son diversas las instancias en las que la AG se ha pronunciado sobre el uso pacífico de la Antártica, reafirmando la importancia del régimen Antártico y reconociendo la

⁹⁶ Villamizar Lamus, F. (2012) Tratado antártico y mecanismos de protección del territorio antártico. 21 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, pg. 283

⁹⁷ Diaz, R.I & Villamizar, F. (2014) El uso pacífico de la antártica como norma ius cogens. Magallania, 42(1) pg. 18

desmilitarización de la zona⁹⁸. El valor de las resoluciones en la formación de la costumbre internacional, en cuanto a mecanismos para la constatación del elemento psicológico, es ampliamente reconocido por la doctrina mayoritaria y por la misma CIJ.

En base a lo esgrimido, estimamos que no resulta del todo precipitado concluir que el uso exclusivamente pacífico de la Antártica es un principio de derecho internacional consuetudinario y que, por ende, aquellos terceros Estados no parte del Tratado Antártico se encuentran igualmente obligados a observarlo y respetarlo. Esto, por cierto, tiene alcance sobre el régimen de control de armamentos y en particular sobre el uso o posesión de las armas nucleares. Sumado a las normas ya revisadas, una norma consuetudinaria prohibiría las armas y los ensayos de armas nucleares en la Antártica y en principio sería obligatoria para todos los Estados.

3.1.2 Derecho Internacional Humanitario o *ius in bello* y los principios elementales de humanidad.

La cuestión de si las armas nucleares podrían utilizarse legalmente en un conflicto armado está regulada por el *ius in bello* y por los principios de DIH. Según ya vimos, se han firmado diversos instrumentos internacionales que establecen limitaciones al uso de ciertos armamentos y/o métodos de guerra. Sin embargo, varias de las disposiciones de esos documentos tienen naturaleza consuetudinaria y surgieron antes de que los Estados se decidieran a codificarlas mediante acuerdos multilaterales. Así, por ejemplo, la Declaración de San Petersburgo fue el primer instrumento internacional que codificó una norma consuetudinaria de prohibición del recurso a un arma específica⁹⁹. Luego le siguieron los Convenios de la Haya y de Ginebra, como instrumentos declarativos de leyes y usos de la guerra, pero también como documentos que dieron pie a la formación de nuevas normas consuetudinarias.

⁹⁸ Villamizar Lamus, F. 2012, op.cit, pg. 285

⁹⁹ Sheldon, J.M, Nuclear Weapons and the Laws of War: Does Customary International Law Prohibit the use of Nuclear Weapons in all Circumstances? Fordham Int'l LJ, 20, pg. 213

Tras un análisis de las normas de *ius in bello* en su opinión consultiva de 1996, la CIJ concluyó que la mayoría de las normas y principios de DIH eran tan fundamentales para el respeto de la persona que constituían principios elementales de humanidad, obligatorios para todos los Estados pues a su vez se erigían como principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario¹⁰⁰. La CIJ también concluyó que este cuerpo de normas y principios de derecho convencional y consuetudinario era válido para todas las formas de guerra y todos los tipos de armas, tanto presentes como futuras. De ello se desprende lógicamente que las armas nucleares se encuentran incluidas.

Pero, ¿cuáles de las normas de DIH tienen naturaleza consuetudinaria y en qué sentido regulan o limitan el uso de las armas nucleares? Hay varios principios o normas consuetudinarias de *ius in bello* que establecen importantes restricciones al recurso a las armas nucleares, ya sea por sus características o por sus efectos. Pasaremos a revisarlas separadamente.

3.1.2.1 Prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios.

Según esta norma, los Estados no pueden emplear armas, proyectiles o material calculado para causar sufrimiento innecesario a los combatientes. Esta prohibición apareció por primera vez en forma parcial en el preámbulo de la Declaración de San Petesburgo¹⁰¹ y fue posteriormente codificada en el reglamento de La Haya. Para los especialistas, un ataque con armas nucleares violaría esta regla por varias razones. En primer lugar, porque el uso de armas nucleares implicaría más fuerza de la necesaria para debilitar al enemigo. Como dice JM Sheldon, citando a Malcom Shaw, *“Equilibrar la necesidad de debilitar el enemigo con las consideraciones humanitarias impone considerar el método de guerra que lo debilite, pero causándole la menor cantidad de sufrimiento”*¹⁰². En segundo lugar, porque la radiación

¹⁰⁰ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 79, pg. 33

¹⁰¹ La declaración de San Petesburgo establece el principio de prohibición de sufrimiento innecesario al declarar: “Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo. Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres. Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable.” (St Petesburgo Declaration, 1868)

¹⁰² Sheldon, J.M. op.cit, pg. 239

producto un ataque nuclear causaría daños irreversibles en la salud, lo que incluiría enfermedades a largo plazo como el cáncer o malformaciones en futuras generaciones.

Tomando en consideración los perjuicios provocados a la población de las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki, resulta bastante difícil imaginar un escenario en el que un ataque con armas nucleares no vulnere esta norma. Son numerosos los adeptos a la posición de que las armas nucleares por antonomasia causarían sufrimiento innecesario y que, por ende, un escenario en que no lo hiciesen es muy poco probable¹⁰³. Después de todo, las víctimas que no fallecieran inmediatamente en un ataque nuclear permanecerían en un área altamente contaminada por la radiación, padeciendo un sufrimiento que excedería cualquier ventaja militar.

3.1.2.2 Prohibición de ataques indiscriminados.

A fin de garantizar la protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil, el DIH consuetudinario prohíbe los ataques indiscriminados que implican objetivos militares no específicos, ya sea por utilizar medios o métodos de guerra que no están dirigidos a un objetivo militar específico, o bien porque el método en cuestión afecta a la población civil o los bienes civiles¹⁰⁴. Este principio consuetudinario se encuentra recogido en el Protocolo I de Ginebra de 1977 y se relaciona directamente con el principio de proporcionalidad, del mismo modo que lo hace la norma que prohíbe sufrimientos innecesarios¹⁰⁵.

La doctrina mayoritaria está de acuerdo en que el uso de armas nucleares constituye una violación de esta norma¹⁰⁶, principalmente por los efectos incontrolables de la radiación, la que

¹⁰³ Corwin, D.M. (1987) supra note 53, pg. 276

¹⁰⁴ Véase artículo 51 del Protocolo I del Convenio de Ginebra de 1949.

¹⁰⁵ “Si un Estado participa deliberadamente en un ataque indiscriminado que afecta a la población civil u objetos civiles, el estado ha cometido una violación grave del Protocolo de Ginebra de 1977. Cualquier violación grave de este protocolo es un crimen de guerra” (Sheldon J.M, supra note 93, pg. 341)

¹⁰⁶ Para Elliot Meyrowitz los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki resultaron en la matanza indiscriminada de ciudadanos japoneses (Meyrowitz, E, supra note 53, pg 24); Bailey, por su parte, postula que “posiblemente la naturaleza de las armas nucleares hace que sea prácticamente inevitable que los efectos indiscriminados acompañen su uso” (Bailey C, K. 1993, Strengthening Nuclear Non-Proliferation, pg 7)

puede extenderse hacia objetivos no militares por medio de la contaminación del aire o las aguas. Desde ese punto de vista, la necesidad militar difícilmente podría justificar el recurso a las armas nucleares y, aun en el caso de que lo hiciese, con toda seguridad las consecuencias humanitarias superarían con creces las ventajas militares. Para los partidarios de la ilegalidad de las armas nucleares, las armas nucleares son *per se* ilícitas precisamente porque los Estados no pueden controlar los efectos de ellas ni pueden dirigirlas con total éxito hacia un objetivo militar específico.

3.1.2.3 Prohibición de atacar a personas civiles y bienes civiles.

El derecho internacional consuetudinario establece el principio de distinción a fin de garantizar la protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil. De conformidad a esto, los Estados tienen prohibido atacar intencionalmente a civiles u objetivos civiles que se hallen dentro de las zonas de combate. Precisamente para regular los excesos de la guerra y así dar protección a los habitantes de las naciones en conflicto armado, el derecho internacional *“define negativamente la distinción entre combatientes y no combatientes mediante la inmunización de ciertas personas y objetos contra ataques”*¹⁰⁷. Esta distinción fue incorporada por primera vez en la Declaración de Petesburgo mediante una declaración que advertía que el debilitamiento del enemigo era el único objetivo legítimo de la guerra. En la actualidad se encuentra recogido en el Protocolo I y II de Ginebra de 1977.

Los especialistas señalan que las armas nucleares tampoco se ajustan a este principio, del mismo modo que no lo hacen respecto de las normas consuetudinarias ya revisadas. La razón viene dada por las características de este tipo de armamentos, que no distinguen entre combatientes y no combatientes, por lo que resulta altamente probable que civiles dentro y fuera de las zonas de combate sufran inevitablemente lesiones como resultado de un ataque nuclear¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Schwarzenberger, G. (1968) *International Law*, 3d ed, pg. 157.

¹⁰⁸ “Los Estados no pueden contener armas nucleares solo a objetivos militares, debido a los efectos residuales de las consecuencias radiactivas” (Meyrowitz, E, supra note 53, pg 234); “Las armas nucleares son *per se* ilegales porque los Estados no pueden controlar los efectos de las armas nucleares y no pueden dirigirlas a un objetivo militar particular” (Grief, N. 1987. *Nuclear Weapons and International Law*. Istvan Pogany ed, pg. 22)

Sin embargo, para algunos sectores las víctimas civiles incidentales causados por los bombardeos a objetivos militares son en realidad admisibles. Estados Unidos, partidario de esta posición, accedió a ratificar el Protocolo de 1977 precisamente con la reserva de que ese documento no fuera aplicable a las armas nucleares. Lo mismo hizo el Reino Unido, mientras que Rusia simplemente evitó ratificarlo. La postura sostenida por las potencias nucleares no es en realidad un motivo para descartar el argumento de que un ataque nuclear en circunstancias tales que hagan imposible distinguir entre combatientes y no combatientes sería contrario a las normas y principios de DIH, además de constituir por cierto crímenes de guerra.

Lo cierto es que un ataque con armas nucleares por regla general sería indiscriminado, no distinguiría entre combatientes y no combatientes, y causaría sufrimientos innecesarios que excederían con creces las ventajas militares. La excepción a la regla, por tanto, estaría dada por la posibilidad de configurar un arma nuclear cuyos efectos fueran controlados y dirigidos con éxito a objetivos militares específicos, pero incluso en una situación así, un solo ataque nuclear podría llegar a desencadenar una guerra nuclear cuyas consecuencias serían catastróficas.

3.1.2.4 Inviolabilidad de territorio de un Estado neutral (principio de neutralidad)

El derecho internacional ha reconocido durante mucho tiempo el principio de neutralidad. Tradicionalmente estuvo encaminado a evitar la incursión de fuerzas beligerantes en territorio neutral o los ataques contra personas o buques de Estados neutrales, pero para algunos *“el principio es igualmente aplicable a los daños transfronterizos causados a un Estado neutral por la utilización de armas en un Estado beligerante”¹⁰⁹*.

Los partidarios de la ilegalidad de las armas nucleares, sostienen también que este principio forma parte del derecho internacional consuetudinario y que tiene el carácter de fundamental, algo que fue confirmado por la CIJ en su opinión consultiva del año 1996. La CIJ reconoció además que el principio de neutralidad era aplicable a todos los conflictos armados de carácter internacional, cualquiera fuese el arma involucrada. Para algunos la inviolabilidad del territorio de un Estado neutral es tan absoluta que no permite ninguna excepción, de tal

¹⁰⁹ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 88, pg. 36

suerte que cualquier arma cuyos efectos no pueden quedar circunscritos a los territorios de los Estados que combaten sería necesariamente ilegal de conformidad al derecho internacional consuetudinario¹¹⁰. A nuestro juicio, debido a que resulta difícil limitar los efectos de las armas nucleares únicamente a los territorios en conflicto, en cuanto a sus consecuencias radiactivas, el uso de este tipo de armas supondría la violación de este principio y podría constituir, en casos graves, un crimen de guerra.

3.1.2.5 Clausula Martens.

La llamada Cláusula Martens viene a llenar espacios vacíos. Puede aplicarse cuando las normas de DIH son silenciosas o cuando no son lo suficientemente rigurosas o precisas¹¹¹. En ese sentido, aunque algunos partidarios de la legalidad de las armas nucleares estimen que existe un silencio respecto de las armas nucleares en el DIP y en particular en el DIH, lo cierto es que, el derecho de los conflictos armados siempre tiene algo que decir. La Clausula Martens sería precisamente eso: lo que el DIH no prohíbe, o respecto de lo cual guarda silencio, no significa que esté permitido.

Literalmente dice lo siguiente: *“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 derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”*

En su opinión consultiva de 1996, la CIJ aludió a la Cláusula Martens como parte del derecho consuetudinario aplicable a las armas nucleares, pero evitó hondar demasiado en su significado. Su carácter, sin embargo, es evidentemente residual. Como ya decíamos, pretende llenar vacíos a través de la aplicación de la costumbre internacional, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública¹¹². Así, según advierten los expertos, la ausencia de normas convencionales que establezcan específicamente que las armas nucleares están

¹¹⁰ Corwin, D.M. op.cit, pg. 279.

¹¹¹ De Oliveira Biazatti, b & De Mesquita Vasconcellos, G.C. (2017) The martens clause: A study of its function and meaning. Centro de Direito Internacional, pg. 6

¹¹² Marshall Islans cases, CIJ, Dissenting opinion of judge Cancado Trindade, pg. 140

prohibidas no significa que el derecho internacional las permita en alguna circunstancia. Una conclusión en ese sentido, significaría necesariamente pasar por alto la Cláusula Martens¹¹³

Ahora bien, ¿qué dice la costumbre internacional, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública sobre las armas nucleares? En la misma opinión consultiva de 1996, algunos Estados partidarios de la ilegalidad de las armas nucleares argumentaron que las armas nucleares violarían tanto el derecho internacional consuetudinario como los dictados de la conciencia pública. Por medio de una extensa opinión disidente, el magistrado Weeramantry se mostró de acuerdo con esta postura al indicar que la “conciencia pública” ya había expresado ampliamente su pensamiento acerca de las armas nucleares a través de tratados internacionales y de las múltiples resoluciones de la AG y el CS¹¹⁴. Veinte años más tarde, en su opinión disidente sobre el caso de Islas Marshall, el magistrado Cançado Trindade aseguró que el uso de las armas nucleares no solo violaba las leyes de la humanidad, sino que estaba abiertamente condenado por lo que llamó “la conciencia jurídica internacional”.

A nuestro juicio, el uso de armas nucleares de hecho sí sería contrario a lo que la CIJ denominó principios fundamentales de humanidad; esto, según vimos, debido a su gran poder de destruir, causar la muerte y el sufrimiento innecesario de seres humanos, además de dañar seria e irreversiblemente el medio ambiente. Las armas nucleares son además rechazadas ampliamente por la comunidad internacional y expertos en instancias internacionales incluso han declarado la ilegalidad de las mismas de conformidad al derecho internacional¹¹⁵ y la Carta de la ONU, lo que podría evaluarse como “conciencia pública”, pese a que, por otro lado, existe discrepancia en la doctrina en torno al sentido de la Cláusula Martens y sus términos, particularmente en lo que dice relación con la “conciencia pública”¹¹⁶. De cualquier modo, pese a los debates que pueda despertar la Cláusula Martes, al menos hay cierto consenso en que la

¹¹³ Op.cit, pg. 689

¹¹⁴ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, pg. 256.

¹¹⁵ Al respecto, Australia en su exposición oral en el marco de la opinión consultiva ante la CIJ sobre la legalidad del uso de armas nucleares: “Las armas que tienen efectos tan potencialmente perniciosos sobre el medio ambiente, así como sobre la población y los objetivos civiles, no son compatibles con los imperativos de la conciencia pública” (Bermejo-García, R. 1999, supra note 61, pg. 35)

¹¹⁶ En efecto, “la Clausula Martens involucra conceptos que no están expresamente definidos por el derecho internacional, de modo que ha dado lugar a una multiplicidad de interpretaciones, a menudo contradictorias” (De Oliveira Biazatti, b & De Mesquita Vasconcellos, G.C. (2017), op.cit, pg. 8)

ausencia de una norma expresa en el DIH que regule las armas nucleares, no obsta a que el recurso a ellas en circunstancias de conflicto armado pueda ser ilegal precisamente por las razones ya expresadas, esto es, por ser contrario a los principios de derecho consuetudinario, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública.

3.1.3 Derecho del uso de la fuerza, la excepción de legítima defensa y las contramedidas.

La amenaza o el uso de la fuerza, ya sea ejercida con armas nucleares o con cualquier otro tipo de arma, está prohibido por el derecho internacional convencional y consuetudinario, a menos que se ejerza en legítima defensa o por medio del sistema de seguridad colectiva a cargo del CS. Descontando este segundo caso, el ejercicio del derecho de legítima defensa es la única circunstancia en que los Estados están legitimados para recurrir al uso de la fuerza.

Ahora, el ejercicio de este derecho no es absoluto. Tiene límites, pero no todos los Estados están de acuerdo con el concepto y los límites del derecho de legítima defensa que la Carta de la ONU incorporó en su artículo 51. De su naturaleza consuetudinaria nadie duda, sin embargo. El derecho de legítima defensa existía antes de la Carta y es precisamente su existencia previa lo que ha desatado la discusión sobre si el contenido de la norma consuetudinaria es igual a la recogida en el artículo 51¹¹⁷. Este debate tiene particular relevancia en materia de armas nucleares, toda vez que algunos Estados se han amparado en el supuesto contenido más amplio del derecho consuetudinario de legítima defensa para justificar el uso de la fuerza en circunstancias bastante dudosas.

Como se puede apreciar, esta vez no se trata analizar las normas consuetudinarias aplicables a las armas nucleares, sino de cómo las armas nucleares han llevado a los Estados a reinterpretar la excepción de legítima defensa como norma consuetudinaria para justificar el uso o amenaza del uso de la fuerza. Por su relevancia, nos detendremos en tres circunstancias en particular: la legítima defensa anticipada y la legítima defensa preventiva ante una amenaza nuclear, las medidas armadas ante la amenaza nuclear y las contramedidas ante la proliferación nuclear o el incumplimiento de obligaciones sobre desarme nuclear.

¹¹⁷ Fuentes Torrijo, X. (2014) La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el Derecho Internacional. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 16(32), pg. 262

3.1.3.1 Legítima defensa anticipada y legítima defensa preventiva ante una amenaza nuclear.

El derecho de legítima defensa reconocido en el artículo 51 de la Carta exige un ataque armado previo, según se desprende de su tenor literal: “*Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado...*” Además de ello, debe cumplir con los requisitos de proporcionalidad y necesidad, los que, según confirmó la CIJ, son de derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, para algunos el contenido del derecho consuetudinario de legítima defensa permitiría responder incluso ante ataques inminentes o para prevenir ataques futuros¹¹⁸. Los argumentos se basan particularmente en los casos de ataques con armas nucleares. Exigirle a un Estado que espere hasta que el ataque ocurra supondría condenarlo a la completa extinción, lo que no parece lógico y no se condice con el propósito del derecho de legítima defensa. El derecho de legítima defensa, por ende, no podría ser tan restrictivo como lo recoge la Carta y debiese dar la posibilidad al Estado de responder ante un ataque que podría suponer su propia extinción¹¹⁹.

Ahora, el problema de aceptar esta interpretación es que no se sabría muy bien dónde establecer el límite. Una cosa es que el Estado reaccione ante una amenaza inminente y otra es que lleve a cabo acciones armadas destinadas a evitar amenazas nucleares futuras. En el primer caso, se trataría de lo que los especialistas llaman legítima defensa anticipada, mientras que el segundo caso obedecería a la legítima defensa preventiva o ataque preventivo.

La mayoría de la doctrina estima que la legítima defensa preventiva está prohibida por el derecho internacional. Pero, una parte de la doctrina estima que la legítima defensa anticipada

¹¹⁸ op.cit, pg. 263

¹¹⁹ Graham JR, T. (2003) National self-defense, international law, and weapons of mass destruction. Chicago Journal of International Law, 4(1), pg.

sí podría ser lícita de conformidad al derecho consuetudinario si se ejerce en circunstancias muy específicas¹²⁰.

En el caso de las armas nucleares, por su inmenso poder destructivo y sus terribles consecuencias humanitarias parece legítimo que un Estado responda anticipadamente, siempre y cuando la amenaza nuclear sea inminente¹²¹. El problema es que la inminencia de un ataque no resulta fácil de determinar cuándo se trata de armas nucleares. Requerir que el ataque sea inmediato podría suponer esperar hasta que sea demasiado tarde, pero atacar a un Estado que se propone fabricar armas nucleares parece más bien un ataque preventivo¹²². A nuestro juicio, si no se tiene cuidado esta interpretación podría abrir la puerta a todo tipo de usos ilegítimos de la fuerza.

3.1.3.2 Medidas armadas contra la amenaza nuclear.

Algunos Estados son partidarios de recurrir a las medidas armadas contra los Estados que desarrollan o pretenden desarrollar armas nucleares. Basados en la legítima defensa preventiva, postulan que si un Estado sospecha que otro Estado está desarrollando armas nucleares que podría futuramente usar en su contra, entonces el primero estaría legitimado para actuar en defensa propia¹²³.

Sin embargo, resulta difícil aceptar esta posición. Hace unos años Estados Unidos invadió Irak con la excusa de que el país poseía ADM y que pretendía utilizarlas. La medida recibió el rechazo de la comunidad internacional por ser contraria a derecho. Lo mismo ocurrió con los ataques protagonizados por Israel contra reactores nucleares iraquíes y sirios¹²⁴. Ambos bombardeos fueron repudiados por ser contrarios al derecho internacional y por suponer un

¹²⁰ op.cit, pg. 4

¹²¹ Weise, R.A. op.cit, pg. 1350

¹²² Para Weise, citando, entre otros, a Thomas M. Franck, “el derecho internacional es inadecuado para abordar la amenaza de armas nucleares en gran parte porque la autodefensa preventiva se considera ilegal y la autodefensa anticipada solo es legal una vez que es demasiado tarde, al menos en lo que respecta a las armas nucleares” (Weise. R.A. op.cit, pg. 1335)

¹²³ Graham JR, T. op.cit, pg. 10

¹²⁴ En la resolución 487 del CS de 1981 condenó por unanimidad el ataque de Israel.

peligro a la paz y la seguridad internacionales¹²⁵. Ni la confirmación de las sospechas de Israel acerca de los programas nucleares secretos de ambos países sirvió para justificar su proceder.

Ya dijimos que la doctrina mayoritaria rechaza la licitud de la legítima defensa preventiva, mientras que solo una parte de la doctrina admite que el derecho consuetudinario de legítima defensa contemplaría la legítima defensa anticipada cuando el ataque es inminente. Tanto Estados Unidos como Israel actuaron en situaciones en las que no había ni siquiera una amenaza inminente. La lógica detrás del derecho de legítima defensa implica que el Estado se encuentra ante una situación urgente que exige una rápida reacción. Por ello es que también se trata de un derecho que se ejerce provisionalmente en tanto el CS haya tomado cartas en el asunto. Estados Unidos avisó de la situación al CS y recibió la negativa de este a cualquier medida unilateral, pero Israel actuó sin advertir a nadie. En ambos casos, los Estados se tenían la posibilidad de deliberar e informar de la amenaza al CS.

Las medidas armadas contra la amenaza nuclear no contribuyen al régimen de desarme y no proliferación nuclear, al contrario. Socaban la paz internacional y la estabilidad del sistema legal vigente. No es admisible legitimarlas bajo el derecho de legítima defensa del artículo 51 ni tampoco del derecho consuetudinario de legítima defensa, aun en el supuesto de que este permita actuar antes de que el ataque se verifique. Puede que un Estado tenga intenciones de desarrollar armas y que eso suponga un peligro para otro Estado, como ocurrió entre Israel e Irak, pero en tal caso reforzar el sistema de seguridad colectiva bajo las órdenes del CS, para que los Estados no estimen necesario defenderse por sí mismos, es mucho más acertado que abrir la puerta al uso indiscriminado de la fuerza.

3.1.3.3 Las contramedidas ante la proliferación nuclear o el incumplimiento de obligaciones sobre desarme nuclear.

Bastante similar al caso del ejercicio de la legítima defensa preventiva ante el desarrollo de armas nucleares, es la situación de las medidas militares planteadas por algunos Estados ante el fracaso de los recursos diplomáticos encaminados a prevenir la proliferación nuclear o bien

¹²⁵ Weise, R.A. op.cit, pg. 1394

como respuesta a los incumplimientos de los compromisos sobre desarme nuclear. En rigor, se trataría de contramedidas ante los actos ilícitos de otros Estados, solo que el supuesto y la forma en que los Estados pretenden ejecutarlas no se condeciría con la institución de las contramedidas¹²⁶.

Recordemos que el uso de la fuerza está prohibido por el DIP y que los únicos supuestos en que el uso de la fuerza está permitido es por medio del ejercicio del derecho de legítima defensa y la acción coercitiva del CS. Fuera de eso, cualquier ataque armado está prohibido. En un escenario como este, ¿dónde encajan las contramedidas armadas que postulan algunos Estados? Probablemente más como represalias que como contramedidas. Después de todo, si bien la CIJ reconoció, en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, la potestad de los Estados de conformidad al DIP de asegurar sus derechos ante actos internacionalmente ilícitos, advirtió que, en virtud de la norma consuetudinaria que prohíbe el uso o amenaza de la fuerza, “*los Estados no tienen derecho de reacción armada frente a actos que no constituyan un ataque armado*”¹²⁷. La CDI llegó a la misma conclusión al referirse a este tipo de medidas de autotutela como “legítimas”, lo que excluiría expresamente las medidas armadas. En ese sentido, las recientes amenazas de Rusia de dar una respuesta armada contra Estados Unidos si este, violando los tratados sobre la materia, decidía colocar armas nucleares en el espacio, no se ajustarían a los requisitos de las contramedidas, porque supondría una respuesta armada ante un acto que no comprende a su vez un ataque armado.

Aun así, no solo Rusia ha amenazado con contramedidas armadas, Estados Unidos y el Reino Unido de hecho ya han hecho uso de la fuerza contra otros Estados con la excusa de que estos estaban en posesión de ADM y Estados Unidos ha amenazado a otros, como Corea del Norte e Irán, por la proliferación ilegal de armas nucleares. Ninguna de esas medidas parece ajustada a derecho porque, por una parte, ya vimos que no resulta legítimo excusar un ataque

¹²⁶ Se las define como “reacciones denominadas unilaterales u horizontales de uno u varios Estados contra un hecho internacionalmente ilícito, con exclusión de la legítima defensa y los actos de retorción” (Barria, JA. 1995. Las contramedidas en el derecho internacional contemporáneo. Agenda Internacional, 1(3), pg. 101)

¹²⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports, 1984, parra. 210 y 211, pg. 216.

armado contra un Estado que, por ejemplo, ha desarrollado de armas nucleares, bajo el argumento de que el derecho consuetudinario de legítima defensa permitiría responder ante amenazas de ataques futuros y porque, por otro lado, la prohibición del uso de la fuerza prohibiría una respuesta armada ante un acto internacionalmente ilícito que no suponga un ataque armado, más aún si ni siquiera cuenta con la autorización del CS.

No cabe ninguna duda que las armas nucleares suponen una grave amenaza a la paz y la seguridad internacionales y que sí es relevante combatir la proliferación nuclear de modo que no haya más armas nucleares ni más Estados en posesión de ellas, pero no parece seguro hacerlo bajo una interpretación más amplia del derecho de legítima defensa o bien resolviendo atacar unilateralmente a Estados que incumplen con sus compromisos sobre desarme nuclear, porque todo ello podría llevarnos lentamente hacia la anarquía internacional. La Carta de la ONU deja el uso de la fuerza en manos del CS, de modo que es en el sistema de seguridad donde hay que poner los esfuerzos para, por ejemplo, evitar que los miembros permanentes que son a su vez poseedores de armas nucleares bloqueen medidas efectivas encaminadas a prevenir o poner fin a la proliferación nuclear. Por lo demás, si los Estados poseedores de iure comienzan a comprometerse definitivamente con el desarme nuclear completo, entonces los demás países tendrán cada vez menos razones para fabricar armas nucleares.

3.1.4 Derecho Internacional del Medio Ambiente y la regla de no dañar el medio ambiente de otros Estados.

Esta regla de “no dañar” el medio ambiente es a juicio de algunos incompatible con el uso de las armas nucleares por las mismas razones por las que es potencialmente incompatible con la realización de ensayos nucleares, en especial los ensayos atmosféricos. Los efectos de un ataque nuclear son indiscriminados y difícilmente los Estados podrían evitar causar daños al medio ambiente de otros Estados. Como es sabido, la radiación liberada en una explosión nuclear es susceptible de desplazarse a través del aire y las aguas hacia zonas que podrían

exceder los límites fronterizos de los Estados, por lo que cada vez que se recurriese a las armas nucleares existiría el riesgo de causar daños al medio ambiente de otros Estados¹²⁸.

Como parte del derecho consuetudinario, la regla de no dañar obligaría a todos los Estados a observarla incluso en el supuesto del ejercicio del derecho de legítima defensa. Lo anterior debido a que el respeto del medio ambiente es uno de los elementos que los Estados deben ponderar para saber si una acción armada se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad¹²⁹. En ese sentido, contrario a la postura sostenida por los Estados partidarios de la legalidad de las armas nucleares, la regla de no dañar, así como otras normas convencionales sobre protección del medio ambiente, sería aplicable también en circunstancias de conflicto armado y no solo el caso de las actividades de los Estados en tiempos de paz, entre ellas precisamente la realización de explosiones nucleares.

Por tanto, si estimamos que los efectos de las armas nucleares son inciertos, tanto por la dificultad de limitarlos en el espacio y el tiempo como por la alta probabilidad de que un ataque nuclear desate a su vez una respuesta nuclear, el recurso a estas armas violaría la regla de no causar daños transfronterizos y, por ende, difícilmente se ajustaría a los requisitos de proporcionalidad y necesidad en caso de que se recurriera a ellas en el ejercicio del derecho de legítima defensa.

3.1.5 Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho a la vida.

Que el derecho a la vida es parte del derecho internacional consuetudinario no es algo actualmente discutido¹³⁰. Tras la progresiva aceptación por parte de los Estados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no cabe duda de que algunos derechos humanos fundamentales han pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario.

¹²⁸ Según advierte Corwin “La imprevisibilidad de las condiciones climáticas y del viento podrían exacerbar los efectos de un ataque nuclear. La lluvia radiactiva puede ser transportada cientos de millas por las corrientes de aire; un cambio repentino en estas condiciones podría tener efectos devastadores sobre Estados neutrales” (Corwin, DM. 1987, supra note 53, pg. 287)

¹²⁹ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 30, pg. 18.

¹³⁰ Dimitrijevic, V. (2006) Customary law as an instrument for the protection of human rights. Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, pg. 10

En el caso del derecho a la vida, este se encuentra incorporado y reconocido como derecho fundamental en la legislación interna de casi todos los Estados.

Ahora, según advirtió la CDH en su Comentario General N° 29 sobre los estados de emergencia, el derecho a la vida, garantizado en el artículo 6 del PIDCP, es además “*un derecho supremo que no admite derogación, incluso en circunstancias de emergencia pública*”. En dicha oportunidad también agrego que el recurso a las armas nucleares es incompatible con el derecho a la vida, algo que, por cierto, no agradó a los Estados poseedores de armamento nuclear¹³¹. Con todo, pese al rechazo de los Estados nucleares¹³², los especialistas reconocen que los comentarios del organismo de derechos humanos de la ONU tienen gran valor jurídico porque constituyen auténticas interpretaciones de disposiciones de tratados internacionales¹³³.

A nuestro juicio, el uso de las armas nucleares, por sus características y efectos, sí sería por lo general incompatible con el derecho a la vida porque supondría una privación arbitraria de la vida. Ya habíamos revisado a propósito del derecho convencional aplicable a las armas nucleares que para algunos sectores de la doctrina el uso de las armas nucleares incluso puede constituir delito de genocidio o un crimen de guerra. En el primer caso porque un ataque nuclear puede causar la muerte indiscriminada de nacionales del país contra el que se dirige el ataque. Y en el segundo caso, porque podría matar indiscriminadamente a civiles o personas fuera de combate, lo que significaría la violación de normas generales de DIH.

En general, aunque se admite que el derecho a la vida puede no ser un derecho absoluto y que se reconocen circunstancias en que la supresión de vidas no es ilegal¹³⁴, resulta bastante

¹³¹ “La amenaza o el uso de armas de destrucción en masa, particularmente armas nucleares, que son indiscriminadamente efectivas y tienen la naturaleza de causar la destrucción de la vida humana en escala catastrófica, es incompatible con el respecto al derecho a la vida y puede ser un delito en virtud del derecho internacional” (Clark, RS. 2018. The Human Rights Committee, the Right to life and Nuclear Weapons: The Committee’s General Comment No° 36 on Article 6 of the Covenant on Civil and Political Rights. UN Office, New York. pg.4)

¹³² Estados Unidos, por ejemplo, declaró que “los Estados parte del PIDCP no han otorgado autoridad al Comité de DDHH ni a ninguna otra entidad para crear o determinar obligaciones en virtud del tratado” (Clark, RS. 2018, supra note 124, pg.8)

¹³³ Ware, A. (2018) UN Human Rights Committee concludes that the threat or use of nuclear weapons violates the right to life.

¹³⁴ Dimitrijevic, V. 2006, op.cit, pg. 17

difícil imaginar un escenario en que el uso de armas nucleares y las muertes que de ello resultaren, esté realmente justificado por la necesidad militar o la supervivencia de un Estado. Recordemos que los efectos de la radiación liberada por armas nucleares utilizadas en Hiroshima y Nagasaki continúan hasta el día de hoy provocando la muerte de cientos de personas.

3.2 ¿El Derecho Internacional Consuetudinario prohíbe expresamente la amenaza o el uso de armas nucleares?

De conformidad a lo revisado hasta ahora, el derecho internacional consuetudinario contempla varias normas que limitan el recurso a las armas nucleares. Con la sola apreciación de dichas normas, parece aceptable concluir que las armas nucleares no solo son incompatibles con el derecho internacional consuetudinario, sino también con los principios y normas del derecho internacional en general. Sin embargo, ninguna de las normas consuetudinarias revisadas prohíbe expresamente el recurso a las armas nucleares, por lo que en estricto rigor todavía queda por resolver una importante cuestión: ¿existe una norma de derecho consuetudinario que prohíba la amenaza o el uso de las armas nucleares en toda circunstancia?

Recordemos que para constatar la existencia de una norma consuetudinaria se requiere probar la concurrencia de dos elementos: una práctica estatal uniforme y la aceptación de dicha práctica como obligatoria por la generalidad de los Estados. En cuanto a las armas nucleares, la práctica de los Estados nos dice que no han recurrido a las armas nucleares en más de cincuenta años. De hecho, la primera y única vez que se utilizaron fue en el año 1945. Desde entonces, ningún Estado ha utilizado un arma nuclear y la mayoría de ellos tampoco ha fabricado armas nucleares. Sin embargo, que los Estados se hayan abstenido de usar armas nucleares durante todos estos años no implica forzosamente que crean que su uso está prohibido por una norma jurídica.

Hace veintitrés años, la CIJ evaluó la situación y determinó que “*la aparición como *lex data* de una norma consuetudinaria que prohíba específicamente el empleo de armas nucleares se dificultada por la adhesión todavía muy fuerte a la práctica de la disuasión*”¹³⁵ En la

¹³⁵ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 73, pg. 31

actualidad, la postura de los Estados poseedores de armas nucleares no parece haber cambiado demasiado. La doctrina de la disuasión nuclear sigue asentada en la política de seguridad nacional de las potencias nucleares y aquello se ha visto reflejado, por ejemplo, en la reciente modernización del arsenal nuclear por parte de Estados Unidos, Rusia y China. Lo cierto es que, a pesar de que los Estados nucleares sí mantienen un discurso a favor del desarme y la no proliferación nuclear a través de, por ejemplo, declaraciones sobre reducción unilateral o compromisos de no utilizar primero armas nucleares o no hacerlo contra otros Estados parte del TNP, ninguno de ellos parece genuinamente dispuesto a abandonar las armas nucleares en el corto plazo. De lo contrario, probablemente habrían firmado el TPAN en lugar de boicotearlo al declarar que no tienen ni tendrán intenciones de ser partes. En definitiva, que los Estados poseedores de armas nucleares no hayan recurrido a ellas en todos estos años sí se ajusta a la práctica estatal, pero que firmen acuerdos donde se reservan su derecho a usarlas en situaciones de legítima defensa, que decidan expresamente excluirlas de la regulación de un tratado como hizo Estados Unidos con el Protocolo I y II de la Convención de Viena de 1977, o que como vimos, continúen desarrollando armas nucleares y perfeccionando las que ya tienen, difícilmente refleja la creencia de que esa práctica es obligatoria porque existe una norma que prohíbe el empleo de armas nucleares.

Ahora, que no se pueda extraer una convicción sobre la ilegalidad del uso de armas nucleares del comportamiento de los Estados poseedores de armas nucleares, no significa pues que debamos renunciar del todo a la posibilidad de que una *opinio juris* sí se haya gestado para la generalidad de los Estados de la comunidad internacional. De hecho, a juicio de algunos especialistas, los argumentos para rechazar la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba las armas nucleares no pueden basarse solo en la doctrina de la disuasión nuclear seguida por un puñado reducido de Estados e ignorar que la gran mayoría de los Estados sí parece estimar que las armas nucleares son ilegales. Además, como indicó el entonces magistrado Shi Jiuyong en su opinión disidente sobre la legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares, la doctrina de la disuasión nuclear es un instrumento político que pertenece a la esfera de la política y no del derecho, por lo que en rigor carecería de significación jurídica

desde el punto de vista de la formación de una norma consuetudinaria que prohíba el empleo de las armas nucleares¹³⁶.

Aunque ciertamente no debe ni puede desconocerse la importancia de los Estados poseedores de armas nucleares en la escena internacional y particularmente en materia de desarme y no proliferación nuclear, el asunto de las armas nucleares y el peligro que suponen es algo que interesa e involucra a todos los Estados por igual y no solo a las potencias nucleares. Por ende, es igualmente importante para la consolidación de una norma consuetudinaria al respecto, lo que los demás Estados de la comunidad internacional han manifestado a lo largo de los más de cincuenta años transcurridos desde las dos únicas explosiones nucleares. En ese sentido, no cabe duda de que la comunidad internacional sí se ha expresado en diversas ocasiones contra las armas nucleares. Solo la AG y el CS reúnen diversas resoluciones condenando las armas nucleares y exhortando los Estados a comprometerse definitivamente con el desarme nuclear. De ellas, la resolución 1653 (XVI) de la AG del año 1961 es la más significativa pues declara a las armas nucleares contrarias a las normas del derecho internacional, las leyes de la humanidad y la letra y espíritu de la Carta de la ONU¹³⁷. A pesar de que no ha vuelto a pronunciarse abiertamente sobre la ilegalidad de las armas nucleares, sí ha dictado otra serie de resoluciones reafirmando que todo empleo de armas nucleares constituiría una violación de la Carta y un crimen de lesa humanidad¹³⁸. A juicio de expertos, las resoluciones de la AG y el CS reflejarían la existencia de una visión uniforme arraigada en la comunidad internacional de que cualquier uso de armas nucleares sería inconsistente con el derecho internacional.

La firma de tratados internacionales que limitan el uso de ciertas armas nucleares o en ciertos lugares geográficos o bien que prohíben los ensayos nucleares, también reflejan la creencia de que las armas nucleares son ilegales¹³⁹. El TNP, que se dice que legitima la posesión de armas nucleares, en realidad prohíbe la posesión indefinida en el tiempo pues como ya vimos

¹³⁶ CIJ, Opinión Consultiva, Declaración del juez Shi Jiuyong, 1996. pg. 53

¹³⁷ Véase A/RES/1653 (XVI)

¹³⁸ Solo por mencionar algunas: A/RES/33/71B de diciembre de 1978; A/RES/34/83 G, de diciembre de 1979; A/RES/35/152D de diciembre de 1980; A/RES/36/92 de diciembre de 1981; A/RES/73/74 de diciembre de 2018.

¹³⁹ Weise, R.A. Ibid, pg. 1352

sujeta a los Estados poseedores de armas nucleares al compromiso de negociar y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear completo. El TPAN, por su parte, aun sin entrar en vigor expresa el consenso generalizado de la comunidad internacional a favor de una prohibición absoluta porque fue negociado y acordado por alrededor de 122 Estados. Como constituye la culminación de un prolongado esfuerzo por poner fin a la amenaza que representan las armas nucleares para toda la humanidad, su valor no debe ser desestimado solo porque no es probable que los Estados poseedores de armas nucleares lo firmen y ratifiquen en el corto plazo. Para los partidarios de la ilegalidad del uso de armas nucleares, este y los demás instrumentos internacionales que las regulan, lejos de debilitar el argumento sobre la ilegalidad del uso de las armas nucleares, desempeñan una importante labor como mecanismos de presión internacional y son un medio efectivo para “estigmatizarlas” porque desafían la noción de que recurrir a las armas nucleares es legítimo.

De ahí que hoy en día resulte mucho más difícil sostener la legitimidad de la posesión y uso de armas nucleares que hace veinte o treinta años. Una cosa es argumentar la ausencia de una norma de derecho consuetudinario que las prohíba, pero otra cosa es justificar desde el punto de vista ético el recurso a las armas nucleares en alguna circunstancia. No se puede ni se debe desconocer que el DIP actual es en gran parte incompatible con las armas nucleares porque la visión puramente estatal que se dejaba ver en emblemáticos fallos como el del Caso Lotus ha sido reemplazada por una perspectiva cada vez más humanitaria, centrada en el ser humano como indudable sujeto de derecho internacional¹⁴⁰. La importancia de los DDHH en el ordenamiento jurídico internacional, reflejada por cierto en las disposiciones de la Carta de la ONU, en la Declaración Universal de Derechos Humanos ampliamente reproducida por los Estados en tratados internacionales posteriores y en sus propios ordenamientos, y recientemente también en las Conferencias sobre el Impacto Humanitario de las armas nucleares o en el mismo preámbulo y contenido del TPAN, lleva a preguntarse si hay realmente alguna circunstancia en que el uso de un arma tan destructiva esté justificado por el derecho internacional vigente.

¹⁴⁰ Possession of nuclear weapons between legality and legitimization. *International and Comparative Law Review*, 2016, pg. 14

La retórica contra las armas nucleares de la generalidad de los Estados hace suponer que no. Ni siquiera en circunstancias extremas de legítima defensa y aun como ultima ratio parece justificado recurrir a las armas nucleares porque el riesgo de desatar una guerra nuclear es muy alto y los efectos serían catastróficos¹⁴¹. Tanto en las declaraciones públicas de los Estados como en los documentos oficiales o incluso en las legislaciones internas es posible constatar el amplio rechazo a la existencia de tan mortíferas armas. Los países latinoamericanos son probablemente los más enfáticos en cuanto a este rechazo. En la celebración del día internacional para la eliminación total de las armas nucleares, el 26 de septiembre del año 2017, reunidos como miembros del OPANAL, los Estados latinoamericanos emitieron una declaración apoyando enérgicamente el TPAN, pero además reafirmando lo que la AG de la ONU ya dijo una vez en la resolución 1653 (XVI), esto es, que el uso y amenaza de armas nucleares constituye una violación de la Carta de la ONU, del DIP y un crimen de lesa humanidad¹⁴². Otros Estados, como Alemania, han prohibido las armas nucleares en sus manuales militares o han incorporado la prohibición de poseer o desarrollar armas nucleares en sus legislaciones internas, como es el caso de Dinamarca, Georgia, Filipinas o Suiza.

Incluso los Estados protegidos bajo el paraguas nuclear evitan defender las armas nucleares públicamente, inclinándose en su lugar por un discurso más bien ambiguo y así no casarse con una postura concreta. La Unión Europea, por ejemplo, eludió referirse a la firma del TPAN en el Comité Preparatorio a la Conferencia del Examen del TNP de mayo de 2018, cuando enfatizó la importancia de perseguir el desarme nuclear a través del diálogo sobre tratados bilaterales entre Estados Unidos y Rusia, la ratificación del TPCEN y la negociación del tan eludido tratado para prohibir la producción de material fisionable. Otros aliados, como Japón o Corea del Sur, si bien han resuelto inclinarse a favor de mecanismos de desarme nuclear menos drásticos que el TPAN, con el argumento de que se deben conciliar los intereses de todas las partes, tampoco defienden abiertamente la doctrina de la disuasión nuclear ni el uso de las armas nucleares en alguna circunstancia excepcional.

¹⁴¹ Para John Fried, resulta poco realista esperar que un ataque nuclear entre superpotencias pueda ser limitado, Mientras que Lee advierte que el primer uso de armas nucleares prácticamente garantizaría represalias (Corwin, DM. 1987, supra note 53, pg 286)

¹⁴² <https://www.opanal.org/declaracion-de-los-estados-miembros-del-opanal-sobre-el-dia-internacional-para-la-eliminacion-total-de-las-armas-nucleares>.

El rechazo o, como vimos en algunos casos, la ausencia de apoyo público, no solo se encuentra en la postura de la mayoría de los Estados de la comunidad internacional. Organismos no gubernamentales como la Cruz Roja, los cuerpos de profesionales organizados de carácter multinacional como la IALANA o la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de una Guerra Nuclear, y otros tantos grupos de alcance internacional como ICAN, también se han manifestado, y no hay duda que seguirán haciéndolo, contra las armas nucleares y sobre la ilegalidad de su uso en toda circunstancia. Si bien no pueden calificarse en sí mismas como práctica estatal u *opinio juris*, las actividades o declaraciones de estos organismos desempeñan igualmente un rol relevante ya sea para orientar la práctica de los Estados que reaccionan ante ellas o bien para probar la existencia de una práctica o una *opinio juris*. Solo para graficar, la ICAN, que reúne más de trescientas organizaciones no gubernamentales, logró mediante una asidua campaña sobre las catastróficas consecuencias humanitarias del uso de armas nucleares que los Estados se reunieran finalmente a firmar el TPN. Lo cierto es que, como indicó el entonces magistrado Ferrari Bravo en su declaración a propósito de la opinión consultiva sobre la legalidad del uso o la amenaza de armas nucleares, pareciese que lo que existe es una especie de “*nuda prohibición*”, cuyo efecto sería el de hacer cada vez más difícil a las potencias nucleares justificar el recurso a las armas bajo la teoría de la disuasión nuclear¹⁴³.

A nuestro juicio y en vista de los antecedentes expuestos, es posible concluir que la posición de los Estados poseedores de armas nucleares y de aquellos protegidos bajo el paraguas nuclear no ha impedido la gestación de una *opinio juris* obre la ilegalidad del uso de las armas nucleares. Después de todo, ya en el año 1996 para algunos jueces de la CIJ había antecedentes suficientes para estimar que a lo menos una *opinio juris* sobre la ilegalidad del recurso a las armas nucleares se había comenzado a formar en la comunidad internacional. El asunto fue retomado veinte años más tarde, a propósito del caso de Islas Marshall, y otra vez hubo jueces que se inclinaron a favor de lo que se denominó una “*opinio juris communis*” sobre la ilegalidad de todo tipo de ADM, incluyendo por cierto las armas nucleares. La conducta de la generalidad de los Estados es por lo demás, bastante consistente con la creencia de que el uso de armas nucleares es incompatible con el derecho internacional. La mayoría de los Estados no ha

¹⁴³ CIJ, Opinión Consultiva, Declaración del Juez Ferrari Bravo, 1996, pg. 61

desarrollado armas nucleares y mantiene un compromiso efectivo con el régimen de no proliferación y desarme nuclear¹⁴⁴.

Aunque puede que sea un poco precipitado concluir que una norma consuetudinaria que prohíbe el uso o amenaza de las armas nucleares se ha consolidado, no cabe duda de que el camino hacia dicha consolidación va mucho más avanzado que hace veintitrés años, cuando la CIJ debió analizar el asunto y se decantó tíbiamente por lo que llamó una *opinio juris* “incipiente”¹⁴⁵. De hecho, con la firma del TPAN se puede incluso destruir uno de los argumentos más poderosos de los partidarios de la legalidad del uso de las armas nucleares, esto es, que no existía un instrumento internacional que las prohibiera expresamente. Ese tratado existe y si bien todavía no entra en vigor, manifiesta una condena generalizada hacia las armas nucleares. Confiamos en que la ratificación progresiva por parte de los Estados contribuirá a la consolidación de una norma consuetudinaria que ha venido gestándose a lo largo de los más de cincuenta años desde aquellas devastadoras explosiones nucleares.

3.2.1 Los Estados poseedores de armas nucleares como objetores persistentes.

Ya vimos que la regla de la objeción persistente consiste en que un Estado puede evitar que una norma consuetudinaria le sea aplicable si se opone constante y consistentemente a ella durante su etapa de formación. Como el tratamiento tanto jurisprudencial como doctrinario de esta figura ha sido en general bastante escaso, surgen dudas acerca de la forma que debe revestir la objeción de un Estado respecto a una costumbre en formación, o qué tan persistente y/o consistente debe ser esa conducta¹⁴⁶.

En el caso de las armas nucleares, puede que no sea tan fácil determinar si los Estados poseedores de armas nucleares se han constituido en objetores persistentes de una norma

¹⁴⁴ Weise, R.A. Ibid, pg. 1353 y 1354 (Para el autor “la reticencia de cada Estado a recurrir a las armas nucleares para resolver conflictos durante los últimos sesenta y cinco años es una evidencia sólida de que las armas nucleares son inutilizables y respalda el hallazgo del derecho internacional consuetudinario contra el uso de armas nucleares”)

¹⁴⁵ CIJ, Opinión Consultiva, 1996, párr. 73, pg. 31

¹⁴⁶ Steinfeld, A. (1996) Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons. 62 Brook. L.Rev. 1635, pg. 4

consuetudinaria emergente que prohibiría el uso o amenaza de armas nucleares. Después de todo, alguien podría argumentar que no ha habido realmente objeciones por parte de los Estados nucleares pues ninguno ha vuelto a utilizar armas nucleares en más de cincuenta años. Y aunque es cierto que ningún Estado ha utilizado armas nucleares para preservar su derecho legal frente a una eventual norma consuetudinaria, también es cierto que exigir necesariamente una acción material resulta un poco excesivo. Pero, por otro lado, las declaraciones verbales de los Estados en materia de armas nucleares puede que no sean tampoco una señal tan clara de su oposición. Después de todo, y según vimos a propósito del elemento *opinio juris* de la costumbre internacional, las palabras no solo no son un auténtico reflejo de lo que los Estados realmente opinan sobre el derecho internacional consuetudinario, sino que a veces ni siquiera se emiten declaraciones de ese tipo de manera pública. Por lo demás, los actos y declaraciones de los Estados nucleares no han estado exentos de ambigüedades o contradicciones.

La actitud de India, e incluso de Israel, Pakistán y Corea del Norte, como los únicos Estados no parte del TNP, ha sido bastante equívoca. Así, por ejemplo, Corea del Norte difícilmente pudo oponerse a una norma consuetudinaria sobre la prohibición del uso de armas nucleares porque hasta el año 2003 formaba parte del TNP y estaba obligado a no desarrollarlas. Durante años India y Pakistán negaron el desarrollo de armas nucleares¹⁴⁷, mientras que hasta el día de hoy Israel niega poseer armas nucleares a pesar de que hay fuertes sospechas al respecto e incluso a destruido reactores nucleares en Siria e Irak. India forma parte del Movimiento de Países No Alineados, donde ha tenido un rol protagónico en los intentos por lograr la firma de importantes documentos en materia de desarme, como el TNP o el TPCEN. Votó a favor de varias resoluciones de la AG contra las armas nucleares y, antes de realizar sus primeros ensayos nucleares, reclamaba la ilegalidad de los mismos a las potencias que realizaban ensayos atmosféricos. Aunque a lo largo de los años ha sostenido un discurso a favor de una prohibición

¹⁴⁷ Ambos países insistían en que los ensayos nucleares realizados eran con fines exclusivamente pacíficos. Luego, Pakistán reconoció su programa nuclear, como una forma de equiparar las fuerzas de India. Por su parte, Israel no solo niega su programa nuclear sino que además ha firmado el TPCEN (Garrido, V. 2010. La no proliferación y el desarme en perspectiva histórica. Colección de Estudios Internacionales, pg. 12 y 13)

universal de las armas nucleares¹⁴⁸, se abstuvo de participar en las negociaciones sobre el TPAN y declaró que dicho tratado no le impone ninguna obligación y que sus disposiciones no constituyen ni contribuyen al desarrollo de ningún derecho internacional consuetudinario¹⁴⁹.

Puede que los más consistentes sean los Estados reconocidos como nucleares, lo que no es de extrañar porque en principio son los únicos legitimados para poseer armas nucleares y estiman que deben proteger ese derecho. La defensa a la legalidad del uso de armas nucleares en la fase de discusión de la opinión consultiva de 1996, el voto en contra de resoluciones de la AG sobre armas nucleares, las reservas a los tratados sobre su derecho a recurrir a las armas nucleares en circunstancias de legítima defensa, así como el boicot al TPAN o la defensa al uso de armas nucleares de bajo rendimiento probablemente si sirva a las potencias nucleares para librarse de una norma consuetudinaria que prohíba el uso o amenaza de las armas nucleares una vez que esta se consolide, pero es una cuestión que en todo caso deberá ser revisada cuando llegue la oportunidad.

De cualquier forma, la regla de la objeción persistente probablemente sea el último recurso de los Estados nucleares para defenderse de la que, a nuestro juicio, es una costumbre en formación, pues recurrir a ella, dicen los expertos, sería como admitir que la comunidad internacional acepta la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe el uso o amenaza de armas nucleares¹⁵⁰. De hecho, recientemente Estados Unidos, Francia y Reino Unido emitieron una declaración conjunta a propósito de la firma del TPAN para comunicarle a la comunidad internacional su clara intención de no firmar ni ratificar el tratado, pero no se refirieron a los efectos que podría tener este tratado en el derecho internacional consuetudinario. La progresiva ratificación de este instrumento por parte de la comunidad internacional puede que lleve a los Estados nucleares a adoptar una actitud más agresiva o bien a sucumbir ante la presión internacional. Para los expertos, los objetores persistentes no suelen mantener sus posturas demasiado tiempo porque terminan cediendo ante la voluntad de la mayoría, pero

¹⁴⁸ Más aun, India constantemente ha acusado las deficiencias del TNP, solicitando su sustitución por un tratado que tenga como objetivo final la total eliminación de las armas nucleares (Véase en línea en, <http://www.ft.com/cms/s/0/cb5b3a26-acf5-11de-91dc-00144feabdc0.html>)

¹⁴⁹ Udayachandran, V. (2018) India and the Legitimacy of Nuclear Weapons. FICHL Policy Brief Series, N° 87, pg. 3

¹⁵⁰ Steinfeld, A. op.cit, pg.10

habida cuenta de que se trata de las mayores potencias del mundo, la presión internacional puede no ser un recurso muy poderoso ni de efectos muy inmediatos.

Ahora, esto no debe desanimarnos. Como hemos visto a lo largo de este capítulo, existen varias normas de derecho internacional consuetudinario ampliamente aceptadas que serían incompatibles con el uso de armas nucleares, de modo que la ilegalidad del uso de armas nucleares no solo depende de la existencia o no de una norma que las prohíba expresamente, como sería la norma consuetudinaria emergente a la que los Estados nucleares podrían oponerse constante y consistentemente, sino también de su compatibilidad o no con las normas de derecho internacional vigente, particularmente las relativas al DIH y los Derechos Humanos. De conformidad a lo revisado, algunas de estas normas tendrían incluso el carácter de normas *ius cogens*, es decir, normas imperativas de derecho internacional “*aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, derivando de un consenso general de los Estados referido a ciertos valores jurídicos, y no siendo susceptibles de acuerdo en contrario*”¹⁵¹, lo que significa que los Estados nucleares no pueden librarse de ellas por medio de la regla del objeto persistente¹⁵². De hecho, como señala Adam Steinfield “*permitir que un Estado derogue una norma ius cogens crearía una desigualdad intolerable entre las naciones y también entre sus ciudadanos, ya que el Estado estaría actuando, esencialmente, bajo un conjunto diferente de principios fundamentales definidos por objeciones anteriores*”¹⁵³.

Aunque ciertamente el concepto de *ius cogens* es discutido en la doctrina, tanto por su origen como por su naturaleza, existe, por el contrario, bastante acuerdo en que la regla del objeto persistente no puede ser un escudo a la aplicación legal de normas fundadas en principios fundamentales o estructurales de derecho internacional¹⁵⁴. La prohibición del uso de la fuerza, de causar daños superfluos o ataques indiscriminados, el derecho a la vida y a no ser privado

¹⁵¹ Acosta-Estévez, J.B (1995). Normas de *ius cogens*, efecto erga omnes, crimen internacional y teoría de los círculos concéntricos, pg. 7

¹⁵² Las normas *ius cogens* obedecen a “necesidades de orden moral, económico, político, etc, indispensables para la existencia misma de la sociedad internacional (...) y por ello constituyen el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven imponen al relativismo del DIP, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos” (Quiespe-Remón, F. (2012) Las normas *ius cogens*: ausencia de catálogo)

¹⁵³ Steinfield, A. (1995), op.cit, pg. 2.

¹⁵⁴ op. cit, pg. 13

arbitrariamente de este derecho, la prohibición del genocidio, y el respeto de los derechos fundamentales, aplicables, como vimos, al uso o amenaza de armas nucleares, son solo algunas de las normas de derecho internacional consuetudinario cuyo carácter de *ius cogens* es bastante respaldado por la práctica estatal, así como por la jurisprudencia y la doctrina¹⁵⁵.

Como es obvio, el carácter perentorio de estas normas no impedirá que un Estado nuclear decida utilizar armas nucleares, pero en caso de que lo haga, el argumento del objetor persistente definitivamente no estará disponible como mecanismo para librarse de la responsabilidad internacional que supondrá su violación.

3.4 Las armas nucleares y los principios estructurales de Derecho Internacional Público.

Un último asunto a tratar dice relación precisamente con los mencionados principios estructurales o fundamentales de DIP. Estos principios consisten en reglas jurídicas internacionales que recogen valores fundamentales de la comunidad internacional y que pueden encontrarse reconocidos tanto en la costumbre internacional como en los tratados internacionales¹⁵⁶, por lo que no deben confundirse con los principios generales de derecho como fuentes autónomas de DIP.

¹⁵⁵ Pastor Ridruejo señala la existencia de textos internacionales donde habría se recogidas nomas de ius cogens, ayudando a así a paliar la indeterminación. Entre ellos, menciona la resolución 2625 (XXV) de 1970 de la AG, en la que se recogen los principios de prohibición del uso de la fuerza, arreglo pacífico de controversias, no intervención, igualdad soberana y libre determinación; y el artículo 19 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados en que se dispone la prohibición de la agresión, la esclavitud, el genocidio, el apartheid, entre otros (Pastor Ridruejo, J. 1972. La determinación del contenido del ius cogens, anteproyecto de Ponencia al Noveno Congreso del instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internaciona. Madrid, pg 13); Por su parte, Carrillo Salcedo, agrega “la existencia de unos derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger” como norma ius cogens (Acosta Estévez, J.B. 1995, supra note 134, pg. 10); La CDI en el capítulo sobre Fragmentación del Derecho Internacional, de su informe del año 2006, mencionó las normas básicas del DIH aplicables a los conflictos armados como normas ius cogens. Luego, advirtió que, de todos modos, otras normas también podrían tener el carácter de ius cogens en la medida que fueran aceptadas por la comunidad en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario (Informe de la CDI. 2006: 58º periodo sesiones. Naciones Unidas, Nueva York, capítulo12: “Fragmentación del derecho internacional, dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, pg. 462)

¹⁵⁶ Jimenez Piernas, C. op.cit, pg. 94

Como vimos, algunas normas, sean convencionales o consuetudinarias, tienen el carácter de normas *ius cogens* porque son de hecho una especificación o una expresión de estos principios. La prohibición del uso o amenaza de la fuerza, la igualdad soberana de los Estados, el respeto de los derechos humanos fundamentales o la protección del medioambiente, son valores jurídicos ampliamente aceptados y que como tales constituyen una clara limitación al relativismo o la discrecionalidad de los Estados en sus relaciones internacionales. La CIJ, por lo demás, ha reconocido ampliamente que los principios estructurales de DIP son parte del derecho internacional consuetudinario de modo que su carácter es general¹⁵⁷

Al revisar las normas convencionales y consuetudinarias aplicables a las armas nucleares, hicimos referencia a más de uno de estos principios. Como es obvio, el principio de prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza prohíbe cualquier ataque armado, sea o no con armas nucleares. Desde ese punto de vista, para los Estados el uso de las armas nucleares solo estaría permitido si logra sujetarse a los requisitos del derecho de legítima defensa, cuestión que, como vimos, tampoco parece probable. Pero, lo más claro, es que el recurso a las armas nucleares es incompatible con el principio de respeto de los derechos humanos fundamentales porque, como vimos, supondría la violación de normas y principios del DIH, así como la violación de derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida o la dignidad humana. Ambos sistemas legales, tanto el DIH como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, persiguen el objetivo común de respetar la dignidad y humanidad de las personas en situaciones de conflictos armados¹⁵⁸.

Un sistema jurídico internacional que se sostiene, entre otros, sobre la base de la protección y el respeto de los derechos humanos fundamentales no puede ser compatible con la existencia y potencial uso, aun accidental, de las armas más letales y catastróficas jamás inventadas. La prohibición del uso de armas nucleares, por sus características y efectos, podría ser incluso un principio fundamental y norma *ius cogens* de DIP porque se basaría en la supervivencia misma de la humanidad como un valor jurídico compartido por todos los Estados.

¹⁵⁷ Dnras de Clément, Z. (2013) Los Principios Generales del Derecho Internacional Público como base del Orden Publico Internacional. Cuaderno de derecho internacional N° VIII, pg. 61

¹⁵⁸ Oficina de Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2011) Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados, pg. 2

Que la CIJ evitara pronunciarse sobre la legalidad del uso o amenaza de armas nucleares en su opinión consultiva de 1996, fue considerado en ese entonces por algunos magistrados como un lamentable error, porque abrió la puerta a que los Estados poseedores de armas nucleares creyesen que el uso de las armas nucleares era algo que estaba a fin de cuentas sujeto a su discreción.

Pero, en realidad no debería estarlo. El derecho de legítima defensa no es un derecho absoluto, ni es, como vimos, un derecho que pueda ejercerse discrecionalmente. Esta limitado precisamente por principios consuetudinarios que obedecen a valores jurídicos fundamentales (como es la dignidad humana), ampliamente aceptado por la comunidad internacional. En ese sentido, aunque los Estados deben defender sus propios intereses y garantizar su supervivencia, no pueden ejercer sus derechos de tal modo que constituya una violación del DIP. Según tuvimos oportunidad de revisar, las dos únicas explosiones nucleares ocurridas en las ciudades de Hiroshima y Nagasaki violaron especialmente el derecho internacional consuetudinario porque generaron sufrimientos innecesarios y la muerte indiscriminada de civiles, todo lo que superó con creces cualquier ventaja militar pretendida¹⁵⁹. La misma CIJ reconoció en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares que el poder destructivo de estas armas no podía controlarse en el tiempo y el espacio y que tenían la capacidad de destruir por completo tanto a la civilización como el ecosistema.

¿Cómo podría ser lícito pues que un Estado posea estas armas como parte de su estrategia de seguridad si los efectos de un potencial uso supondrían la violación de lo que la misma CIJ denominó “principios fundamentales de humanidad”? Tal y como decíamos a propósito de la regla del objetor persistente, más allá de que exista o no una prohibición expresa de recurrir a las armas nucleares, si el uso de ellas supone la violación normas y principios de DIP, y en particular del DIH como norma especialmente aplicable en situaciones de conflicto armado, no es legítimo que un Estado base su sistema de defensa nacional en el potencial recurso a ellas,

¹⁵⁹ En 1963, el Tribunal del Distrito de Tokio decidió el caso Shimoda, en el que se pronunció sobre la legalidad de los bombardeos atómicos en Hiroshima y Nagasaki. El tribunal estuvo de acuerdo con la afirmación de los demandantes en cuanto a que los bombardeos atómicos contravinieron el derecho internacional, pues no discriminaron entre objetivos militares y no militares, causaron sufrimientos innecesarios, violaron la prohibición contra el gas venenoso y no fueron justificados por necesidad militar (Corwin, DM. 1987. op.cit, pg. 288 y 289)

por mucho que se argumente que en realidad la posesión de estas armas es lo que garantiza que no se van a utilizar. El uso y la posesión de armas nucleares deben estar prohibidos expresamente mediante instrumentos de carácter vinculante que a su vez contemplen mecanismos de verificación, porque es el único medio efectivo para lograr su completa eliminación, pero no es la prohibición expresa lo que hace que el recurso a ellas sea ilegal, sino su incompatibilidad con las normas y, especialmente, los principios sobre los cuales se erige todo el sistema jurídico internacional.

CONCLUSIONES

Comenzamos este trabajo advirtiendo que las armas nucleares no están prohibidas expresamente por el derecho internacional convencional porque el TPN todavía no entra en vigor. Sin embargo, también advertimos que, pese a la ausencia de una prohibición expresa, el derecho internacional, y particularmente la costumbre internacional, está lejos de mantenerse silencioso sobre las distintas actividades relacionadas con las armas nucleares.

En efecto, a lo largo del presente trabajo constatamos que solo cinco Estados están autorizados por el TNP para poseer armas nucleares, pero que dicha posesión no es indefinida en el tiempo porque el mismo TNP en su artículo VI establece la doble obligación de negociar de buena fe y concluir negociaciones encaminadas a la cesación de la carrera de armamentos, el desarme nuclear y la firma de un instrumento sobre desarme general y completo. Como esta obligación de desarme nuclear de conformidad al artículo VI se habría consolidado en el derecho consuetudinario, los Estados poseedores de facto también se encontrarían obligados por ella a pesar de no formar parte del TNP. También constatamos que solo cuatro Estados han desarrollado armas nucleares al margen del régimen de no proliferación y desarme nuclear, mientras que casi la totalidad de los demás países de hecho sí observa la prohibición de desarrollar, fabricar, adquirir o almacenar armas nucleares en los términos del TNP y que además ningún Estado ha recurrido a las armas nucleares en más de cincuenta años.

Las armas nucleares, por lo demás, están vetadas en varias partes del mundo, en algunos sitios incluso por normas consuetudinarias, como ocurriría con la Antártida, y su uso está severamente restringido de conformidad a normas y principios consuetudinarios de DIH, los Derechos Humanos, y el Derecho Internacional del Medio Ambiente, de tal suerte que no parece haber un escenario en que el uso de armas nucleares no suponga su violación. Los ensayos nucleares tampoco se libran de la regulación del derecho convencional y consuetudinario. Aun sin la vigencia del TPCEN ni la consolidación de una norma consuetudinaria que los prohíba, la reanudación de los ensayos nucleares supondría de todos modos la violación de normas de derecho consuetudinario y el rechazo casi absoluto de la comunidad internacional.

En nuestro análisis pudimos constatar incluso que, dada las características únicas de las armas nucleares, su posesión y su potencial uso son contrarios a los principios más esenciales del sistema jurídico internacional, porque suponen de hecho una amenaza a la existencia misma de la humanidad. A pesar de que, con cierta desazón, hubo que reconocer que una norma consuetudinaria que prohíbe el uso o amenaza de armas nucleares no se ha consolidado todavía, de todos modos, las normas vigentes tanto de derecho convencional como de derecho consuetudinario demuestran ser incompatibles con el potencial uso de ellas y que hoy en día hay muy pocos aspectos relacionados con las armas nucleares que no están prohibidos.

De hecho, si el TPAN entra en vigor con la ratificación de la misma cantidad de Estados que lo negociaron y firmaron, lo que seguramente atraerá a otros nuevos Estados, entonces casi toda la comunidad internacional habrá finalmente prohibido las armas nucleares en todos los aspectos posibles y solo quedarán, como una suerte de foco infeccioso, los Estados poseedores de armas nucleares y las pocas zonas del mundo donde las armas nucleares no han sido expulsadas legalmente. La entrada en vigor del TPAN, como la prueba de un rechazo generalizado a la sola existencia de las armas nucleares, podría lograr finalmente la consolidación de esta norma consuetudinaria que prohibiría las armas nucleares a todos los Estados, independientemente de si firmaron o no el TPAN. Si ese es el caso, la cuestión sobre la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares no pasará por la ausencia de una norma que las prohíba expresamente sino por la ausencia de voluntad de los Estados nucleares a dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales.

Recordemos que, de hecho, las armas nucleares tendrían que haber sido prohibidas y eliminadas hace bastante tiempo, porque eso es precisamente lo que el TNP establece. No es un instrumento cuyo único propósito sea la no proliferación nuclear. Como vimos, su propósito final es el desarme nuclear completo, lo que significa que la posesión indefinida en el tiempo estaría prohibida por el derecho internacional convencional y consuetudinario. Sin embargo, los Estados nucleares han ignorado este asunto durante todos estos años. Continuar defendiendo la teoría de la disuasión nuclear es contrario al régimen de desarme y no proliferación nuclear y no hay realmente una excusa que valga para Estados Unidos, Rusia, el Reino Unido, China y

Francia, porque todos firmaron y ratificaron el TNP, ni tampoco para los poseedores de facto porque el artículo VI a nuestro juicio ya forma parte del DI consuetudinario.

Lo cierto es que las armas nucleares continúan amenazando a la humanidad no tanto por el llamado “vacío legal”¹⁶⁰ del que se suele hablar, pues como vimos, el DIP si bien no prohíbe expresamente las armas nucleares, contempla bastantes normas convencionales y consuetudinarias que serían incompatibles con su uso, la proliferación, la posesión indefinida en el tiempo, la transferencia o la realización de pruebas nucleares. Las armas nucleares existen todavía porque los Estados nucleares se niegan a dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales y porque parecen ignorar totalmente que la estrategia de seguridad nacional basada en la posesión de armas nucleares es contraria al DIH, los Derechos Humanos y las disposiciones de la Carta de la ONU. En este punto, no es tanto que el DI sea insuficiente en su regulación de las armas nucleares, el problema de fondo es que los Estados hacen primar sus propios intereses por sobre la eficacia del DI, lo que no es de extrañar porque el problema histórico que ha enfrentado la efectividad del sistema jurídico internacional dice relación precisamente con las susceptibilidades de los Estados y la reticencia a que el DI se inmiscuya en lo que estiman constituyen asuntos de su jurisdicción interna.

En materia de armas nucleares, según pudimos apreciar, esta problemática es particularmente palpable. El CS se ha visto impedido de actuar para sancionar la proliferación nuclear o bien se ha mantenido silencioso respecto de comportamientos ilícitos de Estados nucleares precisamente por la facultad de veto de sus miembros permanentes. Se ha llevado ante la CIJ a los Estados nucleares en dos oportunidades, la primera vez para que la CIJ declarara que los ensayos nucleares atmosféricos violaban el DI vigente y la segunda vez para que determinara si los Estados nucleares estaban incumpliendo la obligación convencional y consuetudinaria de negociar de buena fe medidas encaminadas al desarme nuclear completo, pero en ambos casos la CIJ evitó pronunciarse sobre el fondo del asunto, a juicio de algunos por presiones políticas. Al revisar la existencia o no de una norma consuetudinaria que prohíba el

¹⁶⁰ Este tema es ampliamente discutido. Para algunos la ausencia de una norma que prohíba las armas nucleares supone un vacío legal, pero otros argumentan que más que un vacío legal lo que existe es un vacío de cumplimiento. (Sobre esta discusión, véase en línea, <https://www.armscontrol.org>)

uso de armas nucleares o la realización de todo tipo de explosiones nucleares, tropezamos una y otra vez con la posición de los Estados nucleares como supuestos Estados especialmente afectados, a pesar de que en realidad el peligro que suponen las armas nucleares para la existencia misma de la humanidad es algo que interesa a todos los Estados por igual. Lo cierto es que no hay un tema donde las susceptibilidades de los Estados se muestren más patentes que en el tema de las armas nucleares y eso dificulta cualquier análisis sobre los aspectos jurídicos relacionados con su uso o posesión. El derecho consuetudinario sí ofrece un catálogo no menor de normas aplicables a las armas nucleares, y la entrada en vigor del TPN, a nuestro juicio, si contribuirá a la creencia de que las armas nucleares son ilegales, pero al final del día seguramente no impedirá que los Estados nucleares pongan por delante sus propios intereses cuando decidan colocar armas nucleares en el espacio exterior o continuar perfeccionando su arsenal de modo de poder fabricar, quien sabe, la arma nuclear más poderosa conocida por la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta-Estévez, J.B (1995). Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y teoría de los círculos concéntricos.
2. Armanet, P. (1984). Los ensayos nucleares y de armas en el Pacífico: sus efectos ambientales. Instituto de Estudios Internacionales.
3. Barria, J.A. (1995). Las contramedidas en el derecho internacional contemporáneo. *Agenda Internacional*, 1(3), p. 101-108.
4. Bermejo-García, R. (1999) Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el Derecho Internacional.
5. Bunn, G. (1999). The Status of norms against testing. *The Nonproliferation Review*, 6(2), 20-32.
6. Burke, R.C (2010). Losers Always Whine About Their Test: American Nuclear Testing, International Law, and the International Court of Justice, *Ga. J. Int'l & Comp. L.*,39, p.
7. Casey-Maslen, S. (2015) The use of nuclear weapons and human rights. *International Review of the Red Cross*, 97 (899).
8. Clark, RS. 2018. The Human Rights Committee, the Right to life and Nuclear Weapons: The Committee's General Comment No° 36 on Article 6 of the Covenant on Civil and Political Rights. UN Office, New York
9. Comisión de Armas de Destrucción Masiva, informe final, Las armas del terror: Librando al mundo de las armas nucleares, biológicas y químicas, Estocolmo, Suecia, 1 de junio de 2006. Disponible en línea: http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/armas_del_terror.pdf
10. Corwin, D.M. (1986). The legality of nuclear arms under international law. *Dick. J. Int'l L.*, 5, 271.
11. De Oliveira Biazatti, b & De Mesquita Vasconcellos, G.C. (2017) The martens clause: A study of its function and meaning. *Centro de Direito Internacional*, Disponible en línea, <http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Bruno-Biazzati-e-Gustavo-Vasconcellos-The-Martens-Clause.pdf>
12. Diaz, R.I & Villamizar, F. (2014) El uso pacífico de la antártica como norma ius cogens. *Magallania*, 42(1).
13. Díaz, R.I., & Villamizar, F. (2014). Uso pacífico de la Antártida como norma de IUS COGENS. *Magallania (Punta Arenas)*, 42(1), 17-31.
14. Díez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de derecho internacional público: Cap. 1,2,3,4,5,6,7* (16a ed.). Madrid: Tecnos.

15. Dimitrijevic, V. (2006) Customary law as an instrument for the protection of human rights. Istituto per gli Studi di Politica Internazionale.
16. Drnas de Clément, Z. (2013) Los Principios Generales del Derecho Internacional Público como base del Orden Publico Internacional. Cuaderno de derecho internacional N° VIII, p.
17. Elias, O. (1991). Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law. *Denning LJ*, 6, 37.
18. Etienne, H. (2017). Alleged acquiescence of the international community to revisionist of international customary law (with special reference to the jus contra bellum regime), *Melb. J. Int'l*, 18(2),
19. Falk, R. A. (1997). Nuclear weapons, international law and the world court: a historic encounter. *American Journal of International Law*, 91(1), 64-75.
20. Fidler, D.P. (2004) International Law and Weapons of Mass Destruction: End of the arms control approach. *Duke J. Comp & Int'l L*, 14, p. 39
21. Ford, C. A. (2007). Debating disarmament: interpreting Article VI of the treaty on the non-proliferation of nuclear weapons. *Nonproliferation Review*, 14(3), 401-428.
22. Fuentes Torrijo, X. (2014) La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el Derecho Internacional. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 16(32), p. 255-267.
23. Garrido, V. 2010. La no proliferación y el desarme en perspectiva histórica. Colección de Estudios Internacionales.
24. Goldblat, J. Veinte años de tratado de no proliferación nuclear: implementación y perspectiva. *Afers Internacionals*, 19, pp. 95-133.
25. Greenwood, C. (1997). 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*, 22(139), 69-80.
26. Grief, N. (1987). Nuclear Weapons and International Law. Istvan Pogany ed.
27. Gros Espiell, H. (2008). Contribución del Tratado de Tlatelolco al desarme nuclear ya la no proliferación. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 541-552.
28. Hortal, M. J. C. (2017). El ataque de estados unidos contra siria por el empleo de armas químicas: ¿acto contra legem o contramedida por violación del ius cogens? *Anuario Español De Derecho Internacional*, 33, 169-203
29. IALANA & SLND. Threat or use of weapons of mass destruction and the right to life Comments and Proposal of, (CCPR/C/GC/R.36/Rev.3), 2016. Disponible en línea: http://lcnp.org/pubs/IALANA%202016/Draft_GC_36_Submission_IALANA_FinalRev.pdf
30. ILA, Nuclear weapons, non-proliferation and Contemporary International Law, Washington Conference, 2014. En línea: [https:// www.ila-hg.org/index.php/committees](https://www.ila-hg.org/index.php/committees)

31. Jevglevskaja, N. (2018) Weapons review obligation under Customary International Law. *International Law Studies*, 94(1).
32. Jiménez de Aréchaga, E. & Arbuet Vignali, H. & Puceiro Ripoll, R. (2008). *Derecho internacional público* (1a. ed). FCU-Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay.
33. Jiménez Piernas, C. (2011) *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, pp. 525
34. Kuhn Bleimaier, J. (1990) Nuclear weapons and crimes against humanity under International Law. *The catholic Lawyer*, 33 (2), p.
35. Legality of the threat or use of nuclear weapons Advisory opinión (dissenting opinion of vice-president Wee), I.C.J. Reports 1996.
36. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Report 1996, p.226
37. Lewis, P & Unal, B & Aghlani, S. (2016) Nuclear disarmament: The missing link in multilateralism. International Security Department, The Royal Institute of International Affairs, p.
38. Martin C, J. (2019) Bangkok Treaty. Nonproliferation Studies at the Middlebury Institute of International Studies at Montrey. Disponible en línea, <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/southeast-asian-nuclear-weapon-free-zone-seanwfpz-treaty-bangkok-treaty/>
39. Martin Corrales, C. (2017) Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: ¿avance hacia el desarme nuclear? Documento Opinión, *IEEE*, 97 (7), p. 839-857
40. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdicción and Admissibility, Judgments. I.C.J. Reports 1984, p. 392
41. Mitchell, E. (2015). Nuclear Weapons under International Law, Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (eds). *International Review of the Red Cross*, 97(899), 913-921.
42. Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional (2013) “Primer Informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario”, 65º periodo de sesiones, Ginebra, A/CN.4/663.
43. Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional (2014) Segundo informe sobre Identificación del derecho internacional consuetudinario, 66º periodo de sesiones, Ginebra A/CN.4/672
44. Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional (2015), Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, 67º periodo de sesiones, Ginebra, A/CN.4/682

45. Nanda, V. P. (2006). International environmental norms applicable to nuclear activities, with particular focus on decisions of international tribunals and international settlements. *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, 35, p. 47
46. Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253
47. Nuclear Tests (New Zealand v France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457
48. Nystuen, Gro & Egeland, Kjolv (2016) A legal gap? Nuclear Weapons under International Law, *Arms Control Today*, Vol 46. No.2, pp. 8-14. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/43746383>
49. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 552
50. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 255
51. Obligations Concerning Negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament (Marshall Island v. India), Memorial of The Marshall Islands (2015), ICJ.
52. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados, 2011. Disponible en línea: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf
53. Pastor Ridruejo, J (2009) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13ª ed., Madrid, Tecnos
54. Pastor Ridruejo, J. (1972). La determinación del contenido del ius cogens, anteproyecto de Ponencia al Noveno Congreso del instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid.
55. Petersen, N. (2007) Customary law without custom? Rules, principles and the role of State practice in International norm creation. *American University International Law Review* 23(2), p. 275
56. Quiespe-Remón, F. (2012) *Las normas ius cogens: ausencia de catálogo*.
57. Roger S, C. (2013) *International Criminal Court and Nuclear weapons*. (New Zealand/Switzerland discussion on Nuclear Weapons and International Law, New York, p. 4
58. Sheldon, J. M. (1996). Nuclear weapons and the laws of war: does customary international law prohibit the use of nuclear weapons in all circumstances. *Fordham Int'l LJ*, 20, 181.

59. Simon, D. (2004). Article VI of the non-proliferation treaty is a pactum de contrahendo and has serious legal obligation by implication. *Journal of International Law & Policy, University of Pennsylvania*, 12, 1-19
60. Slade, R., Tickner, R., & Wynn-Pope, P. (2015). Protecting humanity from the catastrophic humanitarian consequences of nuclear weapons: Reframing the debate towards the humanitarian impact. *International Review of the Red Cross*, 97(899), 731-752.
61. Steinfeld, A. (1996). Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons. *Brook. L. Rev.*, 62, 1635.
62. Taubenfeld, H.J. (1962) Nuclear Testing and International Law, Sw. LJ, 16, p. 365
63. Tratados y principios de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre. Naciones Unidas, Nueva York, 2002, ST/SPACE/11, Disponible en línea, <http://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>
64. Udayachandran, V. (2018) India and the Legitimacy of Nuclear Weapons. FICHL Policy Brief Series, N° 87, p.
65. Vargas Carreño, & Sánchez Cabrera. (2017). Derecho internacional público (2a. ed. actualizada. ed.). Santiago, Chile]: Editorial El Jurista.
66. Vargas Carreño, E. (2003) Las zonas libres de armas nucleares (ZLANs) en el Derecho Internacional contemporáneo. Publicación digital, en línea, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXX_curso_derecho_internacional_2003_Edmundo_Vargas_Carreño_2.pdf
67. Venturini, G. (2014) Test-bans and the comprehensive test ban treaty organization. *Nuclear Non-proliferation in International Law* 1(6), p. 133-158.
68. Villamizar Lamus, F. (2012) Tratado antártico y mecanismos de protección del territorio antártico. 21 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*.
69. Ware, A. UN Human Rights Committee concludes that the threat or use of nuclear weapons violates the right to life, 2018. Publicado en línea: <http://www.unfoldzero.org/un-human-rights-committee-condemns-the-threat-or-use-of-nuclear-weapons-and-other-wmd>
70. Weisburd, A. M. (2009). The International Court of Justice and the Concept of State Practice. *U. Pa. J. Int'l L.*, 31, p. 295
71. Weise, R. A. (2011). How nuclear weapons change the doctrine of self-defense. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, 44, p. 1331
72. Weston, B. H. (1982). Nuclear weapons versus international law: A contextual reassessment. *McGill Lj*, 28, p. 542.