

Ignacio LOSADA SANJUÁN
Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar

Correo: ilosada.sanjuan@gmail.com

El Tratado de prohibición de armas nucleares a la luz del DIH: ¿un avance en materia de desarme nuclear?

The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons in the Light of IHL: An Advancement in Nuclear Disarmament?

Resumen

Las armas nucleares han sido objeto de importantes debates en el seno de la comunidad internacional desde sus mismos orígenes, constituyendo desde entonces y hasta nuestros días una de las grandes preocupaciones para los autores de DIH. Tomando como referencia el nuevo Tratado de prohibición de las armas nucleares se suscitan multitud de preguntas, tales como: ¿resulta el empleo de estas armas compatible con las disposiciones de DIH? ¿puede considerarse el nuevo tratado como un elemento decisivo en aras a lograr la efectiva prohibición de las armas nucleares? ¿es compatible con el régimen anterior? ¿qué problemas plantea su aplicación? ¿existe una obligación general de negociar el desarme nuclear?

Palabras clave

Armas nucleares, TPAN, TNP, DIH.

Abstract

Nuclear weapons have raised not only very important debates in the International Community since his own creation but also a big concern at that time and now. With the new TPAN as reference we can suggest a lot of questions as: Is the use of those weapons compatible with International Humanitarian Law? Could we think about that new international agreement as a decisive element to achieve the effective prohibition of nuclear weapons? Is it compatible with the previous regime? What problems could appear in there application? Does exist a general duty in order to bargue nuclear disarmament?

Keywords

Nuclear weapons, TPAN, TNP, DIH.

Citar este artículo:

Losada Sanjuán, I. (2021). El Tratado de prohibición de armas nucleares a la luz del DIH: ¿un avance en materia de desarme nuclear? *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 18, pp. 85-110.

Introducción

La importancia del debate al respecto de la prohibición de las armas nucleares se encuentra de plena actualidad. Si adoptamos una perspectiva general, en los inicios de 2018 nueve Estados —EE. UU., Rusia, Reino Unido, Francia, China, India, Pakistán, Israel y Corea del Norte— poseían aproximadamente 14.465 armas nucleares, de las cuales 3.750 estaban desplegadas con fuerzas operativas. Unas 2.000 de estas armas se encontraban en estado de alerta operativa alta¹.

Si bien parece lejana la idea de conseguir la prohibición absoluta de las armas nucleares, objetivo que persigue el Tratado de prohibición de las armas nucleares (en adelante, TPAN) pero que se ve lastrado por la ausencia de participación de los países que poseen esa clase de armamento, ello no obsta para que la importancia del debate generado en relación con la prohibición de las armas nucleares así como de los riesgos inherentes a la existencia de este tipo de armamento estén en franco aumento².

En este contexto, este trabajo tiene por objetivo responder a una serie de preguntas relacionadas con las armas nucleares, tales como: ¿resulta el empleo de estas armas compatible con las disposiciones de DIH?, ¿puede considerarse el nuevo tratado como un elemento decisivo en aras a lograr la efectiva prohibición de las armas nucleares?, ¿es compatible con el régimen anterior?, ¿qué problemas plantea su aplicación?, ¿existe una obligación general de negociar el desarme nuclear? Para ello y tras hacer un repaso de las principales conferencias en materia de impacto de las armas nucleares, se analizarán las distintas opiniones al respecto del art. VI del TNP y la obligación de los Estados parte de entablar negociaciones para el cese de la carrera nuclear.

Sentado lo anterior, se hará referencia a las principales razones esgrimidas tradicionalmente en materia de prohibición, y muy especialmente a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) de 8 de julio de 1996, para posteriormente analizar la pretendida obligación de negociación a la vista de un caso concreto y paradigmático en la materia, como es el de las Islas Marshall.

Una vez obtenido el marco general de la cuestión, se abordará el análisis jurídico de algunas disposiciones relevantes del TPAN en relación con el tratado anterior, para tratar de determinar la compatibilidad o incompatibilidad de ambos, así como la problemática que plantea el nuevo tratado a la hora de lograr su objetivo principal (especialmente en atención a las distintas posturas mantenidas por los principales actores del escenario internacional).

¹ SIPRI *yearbook 2018: Armaments, Disarmament and International Security*, p. 10.

² Hernando Zamanillo, E. (2017). Legalidad, legitimidad e impacto humanitario de las armas nucleares en términos de seguridad: una relación conflictiva. *Revista Española de Derecho Militar* n.º 107. Escuela Militar de Estudios Jurídicos. P. 291.

Antecedentes. Del TNP al TPAN

En este capítulo se llevará a cabo un análisis de las principales conferencias adoptadas en materia de impacto humanitario de las armas nucleares, como son las de Oslo (marzo de 2013), Nayarit (febrero de 2014) y Viena (diciembre de 2014), así como de las distintas tesis adoptadas en el panorama internacional que han propugnado la necesidad de evolución en relación con lo dispuesto por el art. VI del Tratado de no proliferación nuclear (en adelante, TNP). Este tratado no se configura como de desarme sino que está orientado, como su propio nombre indica, a frenar la proliferación de este tipo de armas. Sin embargo, se ha considerado en algunos ámbitos como de carácter provisional, en tanto los Estados poseedores de armas nucleares se avengan a firmar un acuerdo referido al desarme total³.

Por último y antes de referirnos a las distintas conferencias adoptadas en la materia, no puede perderse de vista que los objetivos propios del control de armamento con carácter general, aplicables por tanto al TNP, han venido siendo identificados en el siguiente sentido⁴:

- Reducir las probabilidades de que estalle la guerra, tratando de limitar la evolución y proliferación armamentística que pudiera desestabilizar las relaciones estratégicas, incitando a ataques preventivos.
- Limitar el sufrimiento y daños en caso de guerra.
- Reducir el gasto en armamento, economizando recursos.
- Contribuir a la resolución de conflictos, reduciendo la desconfianza y contribuyendo a crear un clima libre de tensiones.

Las conferencias sobre impacto humanitario de las armas nucleares

Procede en primera instancia destacar, como antecedente general, la Conferencia de Desarme de las Naciones Unidas de 1997, de la que resultó el desacuerdo entre países nucleares y no nucleares en lo relativo a la forma de entender el propio desarme⁵. Dicho esto, encontramos que tres son las conferencias fundamentales que se han celebrado hasta nuestros días en materia de impacto humanitario de las armas

3 Mc Cormack, T. (1997). Un *non liquet* con respecto a las armas nucleares —La Corte Internacional de Justicia «se planta» ante la aplicabilidad de los principios generales del derecho internacional humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 22, n.º 139, p. 84.

4 Frei, D. (1988). El derecho internacional humanitario y el control de armamentos. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 13, n.º 90, p. 521.

5 Asorey, E. (1998). La Conferencia de desarme de las Naciones Unidas en 1977. *Política Exterior*, vol. 12, n.º 62, p. 163.

nucleares, todas ellas con el objetivo principal de contribuir a lograr un mundo libre de esta clase de armas y, por ende, de los riesgos que para la humanidad en su conjunto implican.

La Conferencia de Oslo

En la primera de ellas (Noruega, 2013) y bajo el título *Conferencia sobre el impacto humanitario de las armas nucleares*, se escucharon presentaciones de muy diversos expertos en relación con los distintos efectos causados por detonaciones de armas nucleares, así como de los efectos humanitarios, ambientales y para el desarrollo a medio y largo plazo.

En opinión del presidente de la Conferencia, pueden extraerse como conclusiones esenciales de los debates planteados y las presentaciones efectuadas:

- Es improbable que algún Estado u órgano internacional pueda hacer frente de manera adecuada a la situación inmediata de emergencia humanitaria causada por una detonación de armas nucleares y prestar ayuda suficiente a los afectados. Además, no sería posible establecer estas capacidades aunque así se intentara.
- La experiencia histórica de utilización y ensayo de armas nucleares ha demostrado sus devastadores efectos. Aunque las circunstancias políticas han cambiado, el potencial destructivo de las mismas sigue existiendo.
- Los efectos de una detonación de armas nucleares, independientemente de su causa, no estarán limitados por las fronteras nacionales, sino que precisamente afectarán a los Estados y las personas en aspectos importantes, tanto a nivel regional como mundial.

El objeto principal de la conferencia fue, por tanto, poner de manifiesto los aspectos relativos a las consecuencias humanitarias de una posible detonación de armas nucleares. Durante los debates, varios Estados expresaron su interés en seguir explorando la materia a través de formas que aseguren la participación mundial, ampliando el discurso sobre el impacto humanitario de las mencionadas armas.

La Conferencia de Nayarit

Nayarit (México, 2014) fue la sede de la segunda Conferencia internacional sobre el impacto humanitario de las armas nucleares, configurada como un instrumento de seguimiento de la celebrada en Oslo y orientada a debatir sobre las consecuencias globales a largo plazo de cualquier detonación nuclear. Todo ello desde una perspectiva «moderna» e incluyendo muy diversos asuntos, tales como salud pública, asistencia humanitaria, economía, medio ambiente, cambio climático...

De los debates y presentaciones llevadas a cabo por los distintos actores intervinientes, pueden extraerse como principales conclusiones⁶:

- Más allá de las consecuencias evidentes, debe destacarse el impacto socio-económico y medioambiental de una posible detonación nuclear.
- Deben igualmente destacarse los riesgos en materia de salud pública (incluso de carácter hereditario) derivados de la exposición a radiación.
- Actualmente, el riesgo derivado del uso de armas nucleares está creciendo a nivel global a causa de la proliferación, la vulnerabilidad de los elementos de control nuclear y del potencial acceso a armas nucleares por parte de actores no estatales (especialmente grupos terroristas).
- El aumento del despliegue de armas nucleares en niveles de preparación para el combate supone un aumento del riesgo de uso accidental, por equivocación, no autorizado o intencional.
- Los daños que podrían derivarse del empleo de armas nucleares, el impacto negativo de la mera posibilidad de una explosión nuclear y los grandes recursos asignados al mantenimiento y modernización de arsenales nucleares, hacen que la propia existencia de estas armas sea absurda, además de contraria a la dignidad humana.
- La sensibilización respecto al impacto humanitario de las armas nucleares ya está cambiando la propia percepción en los debates relativos a este tipo de armas.
- La entrada en vigor del TPAN como elemento fundamental del régimen de desarme nuclear y no proliferación como resultado de la Conferencia de examen del TNP de 2015, junto con los debates relativos al impacto humanitario de las armas nucleares, son procesos que se refuerzan mutuamente.
- La eliminación efectiva de otros tipos de armas se ha logrado solo después de haber sido declaradas ilegales, por lo que este es el camino para alcanzar un mundo libre de armas nucleares, siendo esto consistente con las obligaciones de los participantes de acuerdo con el derecho internacional (en adelante, DI).
- Las discusiones sobre impacto humanitario deberían conducir a la determinación de los Estados y de la sociedad civil para llegar a nuevos estándares y normas internacionales a través de un instrumento jurídico vinculante.

La Conferencia de Viena

En la Conferencia de Viena (Austria, 2014) se debatió la cuestión de las armas nucleares desde diversos puntos de vista de carácter jurídico, concluyéndose que no

⁶ Se incluyen únicamente las que constituyen una novedad con respecto a las señaladas para la Conferencia de Oslo.

existe ninguna norma jurídica general que prohíba universalmente la posesión, transferencia, fabricación o uso de las mismas. Sin embargo, los expertos destacaron que las nuevas pruebas acumuladas en los últimos dos años acerca de las consecuencias humanitarias de las armas nucleares arrojaban nuevas dudas sobre la posibilidad de que pudieran emplearse alguna vez de conformidad con el derecho internacional, y más concretamente con el derecho internacional humanitario (en adelante, DIH)⁷.

Especialmente interesante por lo que aquí respecta resulta el hecho de que en la Conferencia de Viena «se demostró que ningún Estado ni *órgano* internacional podría hacer frente a la emergencia humanitaria inmediata ni a las consecuencias a largo plazo causadas por una detonación nuclear ni prestar una asistencia adecuada a las víctimas⁸», reforzándose la idea de la necesaria eliminación de las armas nucleares como única garantía posible frente a las consecuencias humanitarias de su empleo.

En cualquier caso, no debe dejar de mencionarse la creciente participación en este tipo de foros internacionales, relativos al impacto humanitario de las armas nucleares, lo cual refuerza la idea de que existe cada vez una mayor sensibilización al respecto en el conjunto de la comunidad internacional.

Las tesis evolucionistas sobre el art. VI del TNP

En virtud del art. VI del TNP, todos los Estados parte del mismo se comprometen a llevar a cabo negociaciones relativas al cese de la carrera de armamento nuclear, así como a la adopción de un tratado de desarme general y completo bajo un estricto y efectivo control internacional⁹.

Se ha señalado que avanzar en las cuestiones del art. VI dará credibilidad al tratado y rectificará el desequilibrio existente en materia de implementación entre el desarme nuclear y la no proliferación nuclear. Las «medidas eficaces» que exige el art. VI también servirán para dotar a las prohibiciones existentes del tratado de un soporte normativo adicional¹⁰.

En el documento de trabajo presentado en 2014 en el Comité Preparatorio de la Conferencia de Examen de 2015, la Coalición para el Nuevo Programa destacó que ya hace tiempo que las partes del TNP deberían haber llevado a la práctica la multitud de manifestaciones de compromiso adoptadas en el sentido de la implementación efectiva del citado art. VI del TNP, adoptando medidas prácticas a fin de

⁷ Véase NPT/CONF. 2015/WP. 30, de 22 de abril de 2015, párr. 13.

⁸ Ídem, párr. II.

⁹ De Salazar, G. (2015). El Tratado de no proliferación de armas nucleares: los temas clave en la Conferencia de Examen en 2015. *UNISCI Discussion Papers* n.º 38. Universidad Complutense de Madrid. P. 156.

¹⁰ Véase NPT/CONF. 2015/WP. 9, de 9 de marzo de 2015.

«salvaguardar a las generaciones futuras de los efectos catastróficos de la detonación de un arma nuclear».

La coalición puso de manifiesto igualmente que, a su juicio, cualquiera de las opciones planteadas en el referido documento serviría para impulsar la aplicación del art. VI, siendo compatibles con el objeto y propósito último del tratado y constituyendo el desarrollo de medidas eficaces en materia de desarme nuclear una obligación que correspondería a todos los Estados por igual, no solo a los poseedores de armas nucleares. No existiría de hecho impedimento jurídico alguno para explorar estas posibilidades, aun cuando los Estados nucleares decidieran no involucrarse. De esta forma, cualquiera de las opciones tendría un impacto normativo positivo, con independencia de la mayor o menor flexibilidad del instrumento escogido.

A juicio de la coalición, las opciones deberían centrarse en dos enfoques jurídicos diferenciados: la convención amplia/tratado de prohibición independientes o el acuerdo marco de instrumentos que se apoyen mutuamente¹¹. Concretamente, puede distinguirse entre las siguientes (siendo característica común a todas ellas la necesidad de verificación y supervisión del desarme irreversible asociado a plazos, ya sea como obligación o como mera posibilidad)¹²:

- Una convención amplia sobre las armas nucleares, que estableciera obligaciones generales, prohibiciones y una base efectiva para el desarme nuclear.
- Un tratado de prohibición de las armas nucleares que establezca las prohibiciones esenciales necesarias para lograr y mantener un mundo libre de armas nucleares. Ese tratado podría establecer, además, las disposiciones prácticas requeridas para llevar a cabo y supervisar un desarme nuclear vinculado a plazos, irreversible y verificable, aunque este extremo no resultaría necesario.
- Un acuerdo marco de instrumentos que se apoyaran mutuamente, con el mismo objetivo señalado en el apartado anterior. Tales instrumentos actuarían de manera conjunta, dentro de un marco jurídico al efecto de establecer prohibiciones, obligaciones y disposiciones esenciales para lograr el desarme nuclear.
- Un acuerdo híbrido o mixto, que incluyera elementos de todas o algunas de las opciones anteriormente mencionadas, así como cualesquiera otros que se considerasen oportunos.

Por su parte y tras la reunión del Comité Preparatorio en 2014, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución 69/37, en la que instaba a los Estados parte en el TNP a que «en la Conferencia de Examen de 2015, estudien opciones para

¹¹ Véase NPT/CONF.2015/WP.30. *Op. cit.*, párr. II.

¹² Véase NPT/CONF.2015/PC.III/WP.18, de 2 de abril de 2014, párr. 29.

la elaboración de las medidas eficaces previstas y exigidas de conformidad con el artículo VI del Tratado¹³.»

En todo caso, no debe perderse de vista que el propio preámbulo del TPAN parte del reconocimiento del TNP como piedra angular del régimen de desarme y no proliferación nuclear, con una función vital en la promoción de la paz y seguridad internacionales a través del desarrollo del art. VI del TNP¹⁴.

La discusión entre las diversas formas de lograr el desarme y eliminación de las armas nucleares, y concretamente la disquisición entre «gradualismo» y «abolicionismo» (defendido este último por Austria e Irlanda) se ha planteado igualmente en el seno de la Unión Europea, que considera el TNP como «piedra angular del sistema mundial de no proliferación nuclear», clave para, de conformidad con el tantas veces mencionado art. VI del TNP, lograr el desarme nuclear. Ello en atención al objetivo primordial de reforzar el sistema de no proliferación nuclear, fomentando un resultado equilibrado en la Conferencia de Examen del TNP que contribuya a un avance real hacia los objetivos consagrados en el mismo¹⁵.

Razones para la adopción del TPAN. La opinión de la Corte Internacional de Justicia

Se expondrán a lo largo de este capítulo las razones esenciales para la adopción del TPAN, tanto aquellas que se han argumentado tradicionalmente (sin entrar en la medida de lo posible en las distintas posiciones de los Estados, de las que se tratará en un momento posterior) como las extraídas de la investigación realizada, y particularmente de la Opinión Consultiva de la CIJ de 8 de julio de 1996.

En las Conferencias de Nayarit y Viena ya se puso de manifiesto que, a pesar de entenderse que existían pocas posibilidades de que se produjese una detonación efectiva de armas nucleares, el mero riesgo de que esta se produzca debe calificarse como de inaceptable, de tal modo que este riesgo resulta evidente ya sea por accidente, error de cálculo o efectuado de forma deliberada, y constituyendo la única forma de erradicar el mismo la completa eliminación de estas armas¹⁶. Siendo este objetivo el previsto en el nuevo TPAN, no cabe duda de que si el tratado desplegara plenamente su eficacia contribuiría de manera extremadamente eficaz a la reducción al máximo de los riesgos nucleares.

.....

¹³ Resolución aprobada por la Asamblea General el 2 de diciembre de 2014; 69/37: Hacia un mundo libre de armas nucleares: aceleración del cumplimiento de los compromisos en materia de desarme nuclear, párr. 15.

¹⁴ Hernando Zamanillo, E. *Op. cit.*, p. 285.

¹⁵ De Salazar, G. *Op. cit.*, p. 166.

¹⁶ Véase NPT/CONF.2015/WP.30, de 22 de abril de 2015. *Op. cit.*

Dado que, como se ha señalado con anterioridad, los efectos de la detonación de armas nucleares no atienden a fronteras nacionales, constituyendo por tanto un problema de ámbito global en lo que a prevención de riesgos se refiere, no cabe duda de que cualquier avance en materia de desarme, que tienda al objetivo final de eliminación de las armas nucleares, debe de valorarse como corresponde, atribuyéndole una importancia que queda fuera de toda duda (valoraciones sobre su eficacia real al margen). Tanto es así que la propia CIJ ha manifestado que la prohibición del empleo de armas que causen efectos indiscriminados, como es el caso, constituye una norma de *ius cogens*, de tal forma que «los Estados nunca habrán de atacar a los civiles y, por consiguiente, jamás deberán emplear armas que no puedan distinguir objetivos civiles y objetivos militares¹⁷».

Por otra parte y a la hora de analizar las posibles razones para la adopción del TPAN, resulta indispensable a juicio del que suscribe hacer referencia a la CIJ y, más concretamente, a su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 arriba citada, en la que la Corte esencialmente se refiere a la compatibilidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares con los principios y normas de derecho internacional, partiendo del hecho de que en el derecho internacional «no se autoriza específicamente la amenaza o el empleo de armas nucleares», pero tampoco «se contiene una prohibición total y universal de la amenaza o del empleo de las armas nucleares como tales»¹⁸.

Analizando en primer lugar la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares en cuanto tales (párrafos 49 a 73), estima que el empleo de estas armas no puede considerarse prohibido de manera expresa en base a las disposiciones de la Segunda Declaración de La Haya (1989), el Reglamento anexo a la Cuarta Convención de la Haya (1907) o el Protocolo de Ginebra (1925). De este modo y en el momento de su emisión, refiere que la línea de actuación hasta el momento ha sido la de la declaración de ilegalidad de ciertas armas, consideradas de destrucción masiva, por medio de instrumentos específicos, no existiendo en ese momento prohibición específica del recurso a armas nucleares en los tratados internacionales existentes, así como tampoco en la costumbre internacional (como sí sucedió en el caso de las armas bacteriológicas y químicas)^{19 20}. A la vista de esta opinión, considero que una motivación esencial

17 Doswald Beck, L. (1997). El derecho internacional humanitario y la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 22 (139), p. 40.

18 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*, vol. 22, n.º 139, p. 71.

19 Sobre la falta de adopción de una resolución expresa sobre el fondo de este asunto y el concepto de *non liquet* en el derecho internacional: Aznar-Gómez, M.J. (1999). The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and Non liquet International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, pp. 13-17.

20 Matheson, M.J. (1997). The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons. *American Journal of International Law*, p. 424.

para la adopción del TPN debe buscarse precisamente en eliminar este problema planteado por la CIJ, de modo que en un futuro la misma pueda resolver sobre la ilegalidad «general» de la amenaza o el empleo de armas nucleares.

Tras esta primera conclusión, examina a continuación (párrafos 74 a 87) la cuestión de si el empleo de armas nucleares debe considerarse ilegal de conformidad con los principios y normas del DIH. Sostiene la Corte que, si bien las armas nucleares nacieron con posterioridad a que la mayoría de los principios y normas de DIH se encontraran ya vigentes, no puede extraerse de este hecho la conclusión de que no se apliquen tales normas y principios a estas armas, en tanto ello sería contrario a la vocación universal del propio DIH.

Particularmente y en relación con el principio de neutralidad (párrafos 88 a 97), existen diversas posturas que varían desde aquellas que sostienen que de la aplicación del DIH no se colige una prohibición total del recurso a las armas nucleares, a otras que entienden que las consecuencias necesariamente indiscriminadas del empleo de tales armas en ningún caso puede resultar compatible con los principios y normas de DIH. Por tanto y de acuerdo con esta segunda teoría, el TPN constituiría no solo una herramienta al servicio del objetivo de lograr el desarme nuclear, sino una forma de cumplir con las disposiciones de DIH en todo caso, de tal forma que prohibiendo con carácter general el empleo de armas nucleares se evitarían en un futuro posibles incumplimientos de tales disposiciones.

Por lo demás, baste destacar que la Corte reconoce que las propias características de las armas nucleares parecen escasamente compatibles con el respeto a las exigencias del DIH, si bien se ve forzada a concluir que no puede llegar a una conclusión definitiva sobre la legalidad del empleo de armas nucleares en circunstancias «extremas» de legítima defensa, en la cual la propia supervivencia del Estado que la invoca se encuentra amenazada²¹.

¿Existe obligación de negociar el desarme para los estados miembros del TNP?, y para los no miembros? El caso de las Islas Marshall

En relación con la primera de las preguntas planteadas y a la luz del art. VI del TNP, parece clara la respuesta afirmativa, tal y como ya puso de manifiesto la CIJ en su Opinión Consultiva arriba analizada, en la cual (párrafos 98 a 103) se refiere a esta cuestión, reconociendo la problemática a largo plazo en el derecho internacional en relación con las distintas opiniones relativas al estatuto jurídico de este tipo de armas y constituyendo el medio más apropiado a este respecto el desarme nuclear completo. En tales circunstancias, la Corte reconoce la importancia de esta obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear, obligación que no es de mero

²¹ Cervell Hortal, M.^a J. (1999). El derecho internacional humanitario y las armas nucleares. *Anales de derecho: revista de la Facultad de Derecho*, p. 81.

comportamiento sino precisamente de obtención de un resultado concreto: el desarme nuclear. Por tanto, cabe concluir en cualquier caso que la doble obligación de negociar y concluir estas negociaciones, afecta a todos los Estados parte en el TNP.

Ahora bien, ¿estas negociaciones deben encauzarse mediante el tratado que constituye el objeto principal de este trabajo? Para responder a esta segunda cuestión acudiremos al caso concreto de las Islas Marshall; para ello, se expondrán previamente los antecedentes que dieron lugar a la disputa en cuestión, sin los cuales difícilmente podría comprenderse la misma.

Entre 1945 y 1992, EE. UU. desarrolló más de mil ensayos nucleares, los cuales y tras el primero efectuado en el desierto de Nuevo México se trasladaron en su mayoría al Pacífico, más concretamente a las Islas Marshall. Para ello se desplazó forzadamente a la población de estas islas a partir de 1946. Entre junio de 1946 y agosto de 1958, se llevaron a cabo 67 pruebas nucleares en las Islas Marshall, tanto en la atmósfera como bajo el agua, pruebas que causaron daños graves y de larga duración, llegando incluso a la desaparición física de algunas islas²².

Tras la descolonización adoptada mediante el *Compact of Free Association*, firmado en 1982, los Estados Unidos impidieron que las Islas Marshall suscribieran el Tratado sobre la zona desnuclearizada del Pacífico sur. La sección 177 del citado acuerdo disponía que el Gobierno de los Estados Unidos aceptaba indemnizar a los ciudadanos de las Islas Marshall por la pérdida o daños a bienes y personas que hubieran sido causados por el programa de pruebas nucleares, estableciéndose para ello el Tribunal de Reclamaciones (*Nuclear Claims Tribunal Act*) en 1987, y presentando el gobierno de las Islas Marshall el 11 de septiembre del 2000 una petición de revisión del acuerdo. Esta petición tenía su fundamento en el hallazgo de lesiones y daños resultantes del programa de pruebas nucleares de EE. UU. que no pudieron ser razonablemente detectadas, o no podrían haber sido determinadas con carácter previo a la entrada en vigor del mismo. En 2003 se adoptó una versión enmendada del Tratado de Libre Asociación, en el que no se incluyó disposición alguna en la materia, lo que dio lugar a una reclamación en este sentido. La misma fue rechazada por el Congreso de los EE. UU., planteándose al respecto otras muy diversas demandas dirigidas contra el Gobierno del país norteamericano.

Paralelamente a estas reclamaciones apoyadas por el Gobierno de las Islas Marshall, conviene destacar que este cambió de estrategia en 2014, adoptando dos líneas de actuación enfocadas en la presunta violación del TNP: una ante los tribunales federales y otra ante la CIJ, trasladando el debate de un asunto relativo a daños personales y ambientales a otro referente a la misma existencia de las armas nucleares, así como al necesario respeto al TNP como instrumento fundamental de régimen de las mismas. Así, el 24 de abril de 2014 el Gobierno de la República de las Islas Marshall presentó simultáneamente en el registro de la CIJ nueve demandas separadas contra los nueve

22 Pigrau Solé, A. (2018). El caso de las Islas Marshall: colonialismo, armas nucleares y justicia ambiental. *Anuario Español de Derecho Internacional* n.º 44, pp. 444-455.

Estados poseedores de armas nucleares (China, Corea del Norte, Francia, Israel, Rusia, Estados Unidos, Reino Unido, India y Paquistán), por el incumplimiento de sus obligaciones con respecto al desarme nuclear con arreglo al TNP²³.

Considerando las demandas en su conjunto, puede identificarse que con carácter general las Islas Marshall consideran que los Estados parte en el TNP habrían incumplido sus obligaciones recogidas en el art. VI, al haberse negado activamente a negociar de buena fe la adopción de medidas eficaces que condujeran al cese de estas actividades y al desarme nuclear e ignorando las resoluciones de la Asamblea General de la ONU en este sentido. Solicitaba así el Estado demandante un pronunciamiento en el que se obligase a estos Estados a iniciar negociaciones multilaterales en un plazo determinado (un año desde que recayera la sentencia), para llegar a la conclusión de un tratado internacional relativo al desarme general completo, bajo control internacional estricto y eficaz. Entiende el demandante que las obligaciones derivadas del art. VI no solo tienen naturaleza convencional sino consuetudinaria, de tal forma que no afectan únicamente a los Estados parte del TNP sino a cualquier Estado que hubiera proseguido con las políticas de rearme nuclear.

Finalmente, la demanda solo pudo ser interpuesta frente a tres de los nueve Estados (Reino Unido, India y Paquistán), precisamente aquellos que habían aceptado previamente la jurisdicción obligatoria de la CIJ de conformidad con el art. 36.2 del Estatuto de la misma. Incluso dentro de estos tres Estados demandados, únicamente Reino Unido es parte del TNP, por lo que el incumplimiento de India y Paquistán podría fundamentarse exclusivamente en una norma internacional de naturaleza consuetudinaria, lo cual daba pie a la Corte para resolver la pregunta que se planteaba al inicio de este capítulo: ¿existe una obligación general de negociar el desarme nuclear?²⁴.

No obstante, en su fallo de 5 de octubre de 2016, estima la tantas veces mencionada CIJ que no puede entrar a tratar el fondo de la cuestión, por concurrir la excepción formulada por los demandados basada en la *inexistencia de controversia entre las partes*. No acepta la alegación de las Islas Marshall relativa a sus declaraciones en diversos foros internacionales exhortando a estos Estados a intensificar sus esfuerzos hacia un desarme seguro y eficaz. Consideraba así que las mismas no pueden ser entendidas como afirmación de que tales Estados estaban contraviniendo el derecho internacional, de modo que los demandados no podían tener conocimiento de la existencia de controversia entre los mismos y las Islas Marshall al respecto de la cuestión que nos ocupa. Igualmente no estimó como válida la alegación relativa al hecho de que las partes tuvieran opiniones enfrentadas en sus escritos de demanda y contestación, al requerir que la disputa existiera previamente. En cualquier caso, la decisión no fue ni mucho menos

23 Fernández Egea, R. (2016). Jurisprudencia ambiental internacional (segundo semestre 2016). *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol.VII, n.º 2, pp. 4 a 9.

24 Corresponde precisamente a la CIJ la determinación de si nos hallamos o no ante una norma de *ius cogens*. En este sentido, Abello-Galvis (2011). Introducción al estudio de las normas de *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI. *Vniversitas*, n.º 123, pp. 95-99.

unánime entre los miembros de la Corte, emitiendo opiniones separadas y disidentes multitud de jueces integrantes de la misma. La mayor parte de los jueces que votaron en contra del fallo (Bennouna, Cançado Trindade, Crawford, Robinson, Sebutinde, Yusuf y el juez *ad hoc* Bedjaoui) consideró que el requisito del *awareness* (necesidad, para que exista una controversia, de que la parte demandada fuera consciente de la existencia de una clara oposición de opiniones con la parte demandante) es demasiado formalista y subjetivo, limitando en exceso el conocimiento de causas por la CIJ.

Según los jueces Sebutinde y Yusuf, y el juez *ad hoc* Bedjaoui, sí podría afirmarse en el caso en disputa la existencia de una controversia entre las partes, añadiendo el juez Yusuf que tal controversia puede ser incipiente y cristalizar con la interposición de la demanda. A pesar de haberse inadmitido esta, nada impediría que las Islas Marshall volvieran a interponerla sin que pudiera volverse a inadmitir por la inexistencia de controversia previa, cuestión que fue apreciada por otros jueces como Xue, Bhandari o Gaja, según los cuales la CIJ debería de haber inadmitido la demanda atendiendo a otras objeciones planteadas por los demandados (tales como la conocida como *Monetary Gold rule*²⁵).

Volviendo a las opiniones favorables a haber admitido la demanda y entrado a conocer del fondo del asunto, el juez Crawford consideró que la objeción de la *Monetary Gold rule* está intrínsecamente vinculada al fondo del asunto, por lo que no debería de haberse resuelto previamente como excepción.

Especialmente relevante por lo que aquí interesa la opinión disidente del juez Cançado Trindade, quien manifiesta que sí puede afirmarse la existencia de una obligación de llevar a cabo negociaciones de buena fe para alcanzar un desarme nuclear, obligación que tendría carácter consuetudinario al existir tanto práctica como *opinio iuris* en la comunidad internacional. Justifica esta opinión haciendo un repaso de las conferencias internacionales que han tratado el impacto humanitario de las armas nucleares, la creación de zonas protegidas y libres de armas nucleares y las numerosas resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas y del Consejo de Seguridad, así como las declaraciones del secretario general de Naciones Unidas que han hecho referencia a la obligación de entablar negociaciones de buena fe para conseguir el desarme nuclear. En opinión, no solo del juez Cançado Trindade sino también de Robinson, al ser la CIJ el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, debería haber mostrado cierta sensibilidad sobre este tema, contribuyendo a su resolución por constituir este una de las preocupaciones más importantes de la comunidad internacional²⁶.

25 De acuerdo con la misma, la CIJ no podría pronunciarse sobre el fondo dada la inexistencia como demandados de otros estados nucleares en tanto que condenar únicamente a Reino Unido, Paquistán o India no resolvería el problema del desarme nuclear.

26 De acuerdo con el art. 1.1 de la Carta de San Francisco, constituye un propósito de la Organización «mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz».

Por tanto y tratando de responder a las preguntas planteadas en el título de este capítulo, cabe concluir que el fallo de la CIJ al respecto del caso de las Islas Marshall ha constituido una oportunidad perdida para resolver esta cuestión de un modo más o menos definitivo, resultando claro que los Estados miembros del TNP sí tienen obligación internacional de negociar el desarme en los términos del art. VI, pero no existiendo una opinión clara al respecto de los Estados no miembros.

Análisis jurídico de las disposiciones del TPAN

En este capítulo se llevará a cabo un análisis de las disposiciones que, a juicio del autor, resultan más interesantes y novedosas en relación con el tratado anterior.

Comenzando con el preámbulo del TPAN, parte del reconocimiento del TNP como «piedra angular del régimen de desarme y no proliferación nucleares, con una función vital en la promoción de la paz y seguridad internacionales a través del desarrollo del artículo VI del propio TNP²⁷». Por tanto y de acuerdo con la redacción de este preámbulo, se otorga una gran importancia al propio TNP, refiriéndose igualmente al desarrollo de su art. VI, que viene a constituir el objetivo primordial del nuevo tratado.

Por su parte, el art. 1 del TPAN adopta la prohibición absoluta de las conductas «que impliquen el uso derivado de cualquier dispositivo nuclear, incluida la permisión de emplazamiento, instalación o despliegue en el territorio de un Estado parte²⁸». De las conductas prohibidas en este artículo cabe destacar las siguientes:

- A desarrollar, ensayar, producir, fabricar, adquirir de cualquier otro modo, poseer o almacenar armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares.
- A transferir o recibir la transferencia de armas nucleares u otros dispositivos o el control directo o indirecto sobre ellos.
- A usar o amenazar con usar armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares.

Añade el art. 2 la obligación de declarar la existencia de este tipo de armas por parte del Estado que las tuviera bajo su control o jurisdicción, imponiendo al secretario general de Naciones Unidas la transmisión a los Estados parte de las declaraciones recibidas en este sentido.

En el ámbito del desarme, el art. 4 del TPAN prevé la constitución de una autoridad internacional, cuya misión fundamental sería la de verificar la eliminación de las armas nucleares, adoptando las partes el compromiso de lograr su *inoperatividad*

²⁷ Hernando Zamanillo, E. *Op. cit.*, p. 285.

²⁸ Art. 1. g del TPAN.

inmediata. Resulta así la creación de una autoridad encargada de verificar el proceso que, si bien no plantea especiales problemas en relación con el fin último de establecer una autoridad independiente de los Estados a través de la cual encauzar el proceso de verificación, sí puede plantearlos y de hecho así sucede en el aspecto práctico, especialmente en relación con los costes económicos que pudieran derivarse del establecimiento de los sistemas de verificación.

En cuanto a la aplicación interna por los Estados parte, el art. 5 dispone la obligación de transposición al derecho interno mediante la adopción de las «medidas legales, administrativas y de otra *índole* que procedan, incluida la imposición de sanciones penales» a los efectos de prevención y represión de actividades prohibidas por el TPAN realizadas por personas o en territorio bajo jurisdicción o control del Estado de que se trate. A juicio del que suscribe, esta última parte pudiera suscitar problemas relativos a la aplicación de las distintas jurisdicciones, al referirse de forma expresa tanto al criterio personal como espacial en la delimitación de jurisdicción, problema que pudiera haber sido solventado mediante la remisión a los criterios generales en materia de competencia.

Estableciendo el art. 6 una serie de disposiciones en relación con la asistencia a las víctimas y restauración del medio ambiente, disposiciones que entiendo necesarias, máxime teniendo en cuenta casos como el de las Islas Marshall anteriormente relatado, establece la obligación de los Estados parte respecto de las personas bajo su jurisdicción afectadas por el uso o el ensayo de armas nucleares, *de conformidad con el DIH y de los derechos humanos aplicable*, de proporcionar una adecuada asistencia, señalando a continuación que la misma tendrá en cuenta la edad y el género *sin discriminación*. Es esta última afirmación la que resulta difícilmente comprensible, en el sentido de que si tal ayuda tendrá en cuenta género y edad discriminará, en opinión del que suscribe, forzosamente y por razón de estos criterios, de tal modo que sin entrar a valorar la necesidad o conveniencia de tal discriminación, resulta difícilmente compatible la alusión en primer lugar a tales criterios para acabar haciendo referencia a la no discriminación.

Refiriéndose los arts. 10 y 11 al sistema de enmiendas y solución de controversias entre las partes respectivamente, el art. 12 es fiel reflejo de la intención de *universalizar* la prohibición de las armas nucleares que constituye el objetivo primordial del TPAN, señalando que «[c]ada Estado parte alentará a los Estados que no sean partes en el presente tratado a firmarlo, ratificarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse a él, con el objetivo de lograr la adhesión universal de todos los Estados al tratado».

En este mismo sentido y dada la vocación universal y unívoca del fin último del tratado, se prohíbe de forma expresa la realización de reservas a los artículos del mismo en su art. 16, prohibición que si bien con lo que parece la intención de garantizar la aplicación de sus disposiciones íntegramente, puede resultar excesivamente ambiciosa de forma que a los Estados nucleares les resulte este punto difícilmente compatible con sus intereses nacionales. Ahora bien, incluye en su art. 17 la posibilidad para las partes de retirarse del tratado en razón a acontecimientos extraordinarios, imponiendo la obligación de notificarlo con doce meses de antelación a su efectividad

y estableciendo que si transcurrido ese plazo estuviera envuelto en un conflicto armado, le resultarán de aplicación las disposiciones del TPAN en tanto no cesare esta aplicación.

Por tanto y a la vista de este último artículo, se daría en la práctica una total incompatibilidad de la amenaza o uso de la fuerza en conflicto armado a través de armas nucleares con las disposiciones del TPAN, con independencia de las circunstancias excepcionales en las que se vieran envueltos los Estados parte.

Equilibrio entre utopía y realidad

Se analizarán aquí los problemas fundamentales que plantea el TPAN respecto a su objetivo final de eliminación de las armas nucleares, problemas derivados de una serie de cuestiones tales como la ausencia actual de adhesión por parte de las potencias nucleares, la pretendida verificación del desarme, los costes derivados de la misma...

En primer lugar y por su especial incidencia práctica conviene traer a colación que el art. 9 del TPAN hace referencia a los costes derivados de la efectiva aplicación del tratado, determinando la obligación de sufragar los mismos no solo por los Estados parte sino también por aquellos que no lo fueren pero participen en las reuniones en calidad de observadores, «de conformidad con la escala de cuotas de las Naciones Unidas ajustada adecuadamente». Particularmente y respecto a los costes relacionados con la verificación a través de las medidas exigidas en el propio art. 4 del TPAN, así como «con la destrucción de las armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares y la eliminación de los programas de armas nucleares, incluida la eliminación o conversión de todas las instalaciones relacionadas con armas nucleares, deberían ser sufragados por los Estados partes a los que sean imputables».

Cumplida la referencia a los costes y continuando con la eficacia práctica del tratado, llama la atención que el TPAN no se limita a establecer una prohibición general del empleo de armas nucleares con fines destructivos, sino que de su art. 2 se deriva la propia prohibición de tenencia o posesión de este tipo de armas, con independencia de su posterior uso. Este objetivo, sin duda bienintencionado, resulta actualmente difícilmente compatible con las pretensiones de defensa de las potencias nucleares, así como con determinadas estrategias defensivas de ciertas organizaciones internacionales, como es el caso de la OTAN. En principio y según los objetivos oficiales de la organización, sus Estados miembros se comprometen a apoyar la transparencia y confianza mutua para mejorar la estabilidad internacional. Sin embargo, la doctrina OTAN en materia de armas nucleares constituye un fiel reflejo de la política de seguridad y defensa de las potencias nucleares occidentales, y especialmente de la estrategia de disuasión nuclear de EE. UU. Tiene su fundamento en el privilegio estratégico del que se benefician estos Estados en el ámbito del TNP, apostando por las armas nucleares como uno de los pilares de sus políticas de seguridad y defensa, así como sirviéndose de estas para consolidar su supremacía; es por ello que en el contexto actual y a medio plazo no parece fácil que los miembros de esta organización

suscriban el TPAN, en tanto sería incompatible con su estrategia en materia de paz y seguridad²⁹.

En este sentido, no puede por menos que mencionarse que en el concepto estratégico de la OTAN (Lisboa, 19 de noviembre de 2010), ratificado por la organización en la Cumbre de Varsovia de los días 8 y 9 de julio de 2016, se deja claro que mientras existan armas nucleares la OTAN será una organización con capacidad nuclear.

A la vista de lo anterior y si bien de un análisis del TPAN resulta que este se configura como instrumento para lograr el objetivo previsto en el propio TNP, que ya reclamaba en su art. VI la adopción de un tratado de desarme general y completo, parece evidente que antes de entrar en vigor ya se encuentra limitado por el hecho de que los Estados nucleares no han tomado parte en él (ni parece que vayan a hacerlo a medio plazo), con la posible consecuencia incluso de desviar la atención respecto al régimen de no proliferación y desarme, puesto en entredicho por la redacción de este nuevo tratado internacional.

Por el momento, parece que la idea de alcanzar a medio plazo un desarme total es ilusoria, lo cual deja abierta una ventana a la exploración de nuevas medidas de prevención de posibles futuras catástrofes humanitarias, apelando incluso en este sentido el mismo TPAN a la responsabilidad de los Estados en la prohibición y eliminación definitiva del armamento nuclear, especialmente en relación con los aspectos humanitarios y de prevención de uso efectivo de tales armas nucleares³⁰. Así pues y en tanto el TPAN no llegue a alcanzar una vigencia efectiva, la opción más viable resultaría de insistir en la plena aplicación del TNP y particularmente de su art. VI, lo cual resultaría compatible igualmente con una posterior entrada en vigor del TPAN.

Ahondando en lo anterior y superando la idea de la prohibición absoluta de las armas nucleares como objetivo final, parece complicado incluso lograr la reducción efectiva de esta clase de armas, dada la falta de consenso político al respecto. Esto deriva indefectiblemente en la imposibilidad de llegar a acuerdos en este sentido. Se abre así la puerta a los convenios de control de exportaciones más que a los encaminados a lograr el desarme, siendo las perspectivas poco favorables a pesar de haberse logrado al menos una *proliferación controlada*, con solo ocho o nueve potencias nucleares.

Continuando con el análisis de la problemática relativa a la implementación efectiva del TPAN, se advierte que en el TNP existen medidas que, pudiendo ser útiles en aras a lograr el mismo objetivo, no han podido desarrollarse ante la falta de compromiso de los Estados. El propio art. VI del TNP, al referirse a la obligación de proseguir de buena fe y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al

29 Gouyez Ben Allal, A. (2014). La política nuclear de la OTAN: la amenaza de las armas nucleares tácticas para la seguridad internacional y el régimen de no proliferación nuclear». *Paix et sécurité internationales: Revue maroco-espagnole de Droit International et Relations Internationales* n.º 2, pp. 65-80.

30 Hernando Zamanillo, E. *Op. cit.*, pp. 291 y ss.

desarme nuclear bajo control internacional, deja la puerta abierta (tal y como se ha expuesto en anteriores capítulos) a diferentes vías negociadoras. La ambigüedad de este precepto ha suscitado problemas interpretativos que permanecen vigentes hoy en día, abogando la CIJ por la interpretación de los países no nucleares, que sostienen que esta obligación se impone a los Estados nucleares, lo cual contraviene los intereses de estos en relación con la tenencia de esta clase de armas con fines disuasorios.

Cierto es que la propia firma del TPAN persigue como objetivo esencial hacer efectivo el tantas veces mencionado art. VI del TNP, si bien y como ya se ha destacado con anterioridad, el problema fundamental viene determinado por la actual ineficacia del nuevo tratado en aras a lograr el desarme completo y definitivo, causada por las reticencias de las potencias nucleares.

En cualquier caso, no cabe duda de que el nuevo tratado contribuye, con todas las limitaciones que se quiera, a la idea de deslegitimación del armamento nuclear en sí mismo considerado, deslegitimación que ha de tener en cuenta la dimensión humanitaria en el ámbito nuclear, considerando que el impacto humanitario del posible empleo de armas nucleares conllevaría «catastróficas consecuencias humanitarias³¹» y un «incalculable sufrimiento humano», tratando de lograr la estigmatización definitiva de esta clase de armas.

Análisis de los argumentos estatales

Se analizarán en este capítulo los argumentos esgrimidos por los Estados en relación con la tenencia y uso de armas nucleares, particularmente respecto al TPAN. Este análisis resulta especialmente relevante en atención a que, respecto a la posible determinación de una norma de carácter consuetudinario, es imprescindible tanto la existencia de una práctica uniforme a nivel internacional, como el hecho de que esta práctica sea *extensa y representativa*³².

En primer lugar y refiriéndonos a las dos grandes potencias nucleares (Estados Unidos y la Federación de Rusia), potencias a las que pertenecen aproximadamente el 90 por ciento de las existentes, encontramos que la tenencia de armas nucleares ha servido para compensar la superioridad que en materia de armamento convencional pudiera haber tenido la parte contraria en un determinado momento, especialmente en el contexto de la Guerra Fría³³. Si bien en aquel momento era EE. UU. el que trataba de compensar su inferioridad en el terreno del armamento convencional con

31 En este sentido la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 8 de julio de 1996.

32 Henckaerts, J.-M. (2007). Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 7, pp. 520 y 521.

33 Ortíz-Cañavate Levenfeld, J. (2014). *El futuro de las armas nucleares tácticas de la OTAN*. Documento de opinión: Instituto Español de Estudios Estratégicos. Pp. 7 y 8.

respecto a la URSS, actualmente la situación es la inversa, siendo Rusia la que se apoya en este tipo de armas para tratar de equilibrar la situación a través de las denominadas armas nucleares tácticas (es decir, aquellas desplegadas y susceptibles de emplearse en un eventual escenario de conflicto).

Precisamente este intento de mantener el equilibrio constituye la razón de que actualmente Rusia siga concediendo a las armas nucleares un papel preeminente en su estrategia militar, manteniendo incluso consideraciones relativas a su uso como respuesta a ataques convencionales a gran escala, tal y como se refleja en su doctrina militar de 2010³⁴. Si bien es cierto que se limita a supuestos graves relativos al empleo de armas nucleares por parte del enemigo o de armas convencionales cuando se produzca una amenaza a la propia existencia del Estado, no deja de resultar llamativa la referencia expresa al uso de este tipo de armas. Precisamente las últimas reformas del ejército ruso ponen de manifiesto que el gobierno de este país no considera suficiente la disuasión nuclear por sí misma, manteniéndose las referidas excepciones que permitirían el empleo de armas nucleares en ciertas circunstancias y de acuerdo a la doctrina militar vigente en aquel país³⁵.

Por lo que respecta a Estados Unidos, destacar que el país norteamericano se reafirma constantemente en la importancia que representa «el papel fundamental de las armas nucleares (...) para disuadir un ataque nuclear contra Estados Unidos, sus aliados y socios», mientras que el Reino Unido ha confirmado igualmente el papel de las armas nucleares como «*última garantía* de la supervivencia de la nación³⁶».

Ello no obstante, EE. UU. entiende que actualmente no necesita depender de esta clase de armas tanto como lo hacía en el pasado, sin perjuicio de continuar transmitiendo el mensaje de *destrucción asegurada* gracias a la superioridad tecnológica en el ámbito convencional, que puede sustituir, al menos en parte, la disuasión nuclear ejercida en el pasado. Así, EE. UU. ha iniciado una importante reducción de armas nucleares, declarando en la Revisión de su Postura Nuclear de 2010 que «no usará o amenazará con usar armas nucleares contra aquellos Estados no nucleares que sean parte del Tratado de no proliferación nuclear (TNP) y que cumplan con sus obligaciones de no proliferación». Sin embargo, no puede obviarse que esta declaración de compromiso está limitada, al referirse únicamente a Estados no nucleares que sean parte del TNP y cumplan con sus obligaciones relativas a no proliferación.

Una vez expuestas las posiciones de las dos principales potencias nucleares, pasaremos a analizar algunas de las correspondientes a otros Estados, fundamentalmente a

34 Según esta, la Federación de Rusia se reserva el derecho a utilizar armas nucleares en respuesta a la utilización de armas nucleares y de otros tipos de armas de destrucción masiva en contra de ella y (o) sus aliados, y también en el caso de agresión contra su nación que implique el uso de armas convencionales cuando la existencia misma del Estado esté bajo amenaza.

35 Barcelona Centre for International Affairs. *La política de defensa de la Federación Rusa*. P. 509.

36 Gouyez Ben Allal, A. *Op. cit.*, p. 67.

partir de las diversas conferencias internacionales que se han celebrado en el asunto que nos ocupa y que ya han sido expuestas en capítulos anteriores, toda vez que pueden resultar útiles a la hora de establecer las posiciones de los distintos Estados desde un punto de vista histórico.

En el seno de la Conferencia de Viena de 2014, que partía de la base de la inaceptabilidad del daño que supondría para las víctimas el empleo de armas nucleares, haciendo referencia esencialmente a los aspectos morales y éticos y concluyendo que la única solución posible sería la de la eliminación total de este tipo de armamento, cabe destacar la intervención de Nueva Zelanda, que reclamó intensamente esta prohibición haciendo referencia especialmente a las posibles consecuencias humanitarias en conexión con la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia en 1996.

De igual forma, Australia se refirió a través de su representante de manera especial al aspecto humanitario, expresando el deseo de que se concretasen esfuerzos para lograr la implementación efectiva del art. VI del TNP, fundamentalmente a través de un efectivo control de armamentos y transparencia en la gestión. Así, el TNP constituye la culminación (aun cuando solo lo sea a efectos teóricos) de este proceso relativo al impacto humanitario de las armas nucleares.

Habiendo dedicado parte de este análisis a las posturas de las grandes potencias nucleares, así como las más relevantes en el ámbito humanitario por parte de los, digamos, Estados favorables a la prohibición de las armas nucleares, no puede por menos que hacerse mención a otra serie de Estados que plantean graves dificultades para la efectiva vigencia del nuevo Tratado. Tal sería el caso de Israel, la India y Paquistán, países que de hecho nunca han sido miembros del TNP, por lo que su acceso a este tipo de armas no podría considerarse siquiera un incumplimiento del mismo³⁷.

Más controvertido resulta el caso de Corea del Norte, que realizó su primera prueba nuclear tan solo tres años después de anunciar su salida del TNP en 2003, manteniendo los Estados parte diferentes posturas al respecto del actual estatus del país asiático en relación con el mismo Tratado. En cualquier caso, no debemos olvidar que, al margen de este caso objeto de polémica, las nuevas potencias nucleares (India, Paquistán, Corea del Norte e Israel) no son siquiera parte del TNP.

Conclusiones

No cabe duda de la importancia de la materia objeto de este trabajo, en tanto no solo la prohibición absoluta de las armas nucleares sino la propia reducción del arsenal existente, así como la imposición de restricciones relativas a su tenencia, fabricación, almacenamiento, uso... ha dado lugar a un intenso debate en el seno de

37 Martín Corrales, C. (2017). *Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares: ¿avance hacia el desarme nuclear?* Documento de Opinión: Instituto Español de Estudios Estratégicos. Pp. 6 y 7.

la comunidad internacional, debate que por otra parte no tiene visos de llegar a una conclusión positiva desde el punto de vista práctico y encaminado a la prohibición antes mencionada. Y ello a pesar de que, para favorecer este debate, así como la adopción de puntos de vista comunes, se han adoptado multitud de iniciativas (sirvan como ejemplo las tres grandes conferencias sobre las que se trató anteriormente) que, si bien han arrojado resultados positivos, no han logrado su objetivo primordial de prohibición, trasladándose el problema hasta nuestros días.

Esta incapacidad de resolución del problema no es de extrañar si tomamos en consideración los antecedentes históricos en la materia que, unidos a las diversas estrategias en materia de seguridad y defensa y particularmente en lo que respecta al papel que en estos ámbitos han de desarrollar las armas nucleares, ofrecen múltiples visiones e intereses que dificultan alcanzar acuerdos concretos.

En cualquier caso, no cabe tampoco duda de la especial trascendencia que tiene en el planteamiento del asunto la problemática derivada de un posible uso de armas nucleares en relación con el derecho internacional humanitario. Así se pone de manifiesto por la propia Corte Internacional de Justicia al señalar, por ejemplo, que «en particular el derecho humanitario es imperativo que tenga en cuenta las características *únicas* de las armas nucleares, y en particular su capacidad destructiva, su capacidad de causar indecibles sufrimientos humanos y su capacidad de perjudicar a las generaciones futuras³⁸».

En cuanto a la problemática del nuevo tratado y en comparación con el TNP, tratado que constituye uno de los mayores éxitos relativos a armas nucleares (rara vez un número tan elevado de Estados han estado dispuestos a renunciar de forma voluntaria a su empleo con fines militares a través de un instrumento internacional), encontramos que la principal problemática en relación con la efectividad del TPAN y la consecución del objetivo final de prohibición de las armas nucleares estriba precisamente en la ausencia de ratificación, muy especialmente por parte de las potencias nucleares³⁹. De este modo y si el TNP (gracias, a mi parecer, a la ambigüedad en determinados puntos) logró un amplio consenso en la comunidad internacional que facilitó la adhesión de la gran mayoría de los Estados miembros de esta, el TPAN, más ambicioso en sus objetivos, no tiene visos por el momento de convertirse en el gran instrumento facilitador de la prohibición que debiera suponer.

En relación con lo anterior, cabe preguntarse: ¿son compatibles el TPAN y el TNP? La respuesta a esta cuestión no es fácil, toda vez que el TPAN presenta una base normativa claramente diferente de la correspondiente al TNP, con un fundamento que podría calificarse como de humanitario⁴⁰. De esta forma el nuevo tratado

38 Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.

39 Garrido Rebolledo, V. (2005). La conferencia de revisión del TNP: entre el desarme y la no proliferación. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. P. 3.

40 Herrera Almela, M.F. (2018). *El Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares: ¿es realmente necesario?* Documento de opinión: Instituto Español de Estudios Estratégicos. Pp. 8 y 9.

presenta un objetivo distinto, el de lograr la prohibición definitiva de este tipo de armas. Esta distinta base normativa del nuevo tratado, sin embargo, parte de la correspondiente al TNP, en el marco del régimen de no proliferación nuclear, lo cual ha evidenciado ciertas contradicciones, como son:

En primer lugar, resulta que el propio preámbulo del TPAN reafirma la aplicabilidad del TNP como piedra angular de garantía del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En este sentido, el art. 18 determina que el propio TPAN se aplicará sin perjuicio de las obligaciones previamente contraídas por los Estados parte, siempre y cuando tales obligaciones fueran compatibles con el texto del nuevo tratado. Por tanto y en una primera aproximación, cabría concluir que el TPAN tratado no debería impedir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el TNP. Sin embargo, al establecerse la necesaria compatibilidad para su aplicación, se introduce un requisito fundamental de compatibilidad de la obligación internacional a aplicar con respecto a las asumidas en virtud del nuevo tratado.

En el mismo sentido y en relación con la compatibilidad o incompatibilidad de las obligaciones establecidas en ambos tratados, cabe destacar que el TPAN no reconoce uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el TNP, como es el de la existencia de dos categorías de Estados: poseedores y no poseedores de armas nucleares. De igual modo, el TPAN prohíbe a los Estados permitir «cualquier tipo de emplazamiento, instalación o despliegue» de armas nucleares en su territorio, prohibición que no está explícitamente incluida en el TNP, así como prohíbe la realización de ensayos nucleares a pesar de que el Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares (TPCEN) aún no ha entrado en vigor. Cabe concluir por tanto que la compatibilidad entre los tratados de referencia resulta, cuanto menos, susceptible de discusión.

A pesar de todo ello, considero que no sería justo valorar el TPAN de una manera absolutamente negativa; si bien algunos autores han considerado que «no es más que una apuesta de alto riesgo que pone en jaque el delicado equilibrio de la no proliferación⁴¹», restringiendo este análisis únicamente a la efectiva contribución al desarme y prohibición en un sentido puramente práctico y cortoplacista, conviene destacar que la propia aprobación de un tratado cuyo fin último es el de lograr esta prohibición, enfatizando los gravísimos problemas que particularmente en el plano humanitario pudieran derivarse de un posible incidente nuclear, puede favorecer la deslegitimación del armamento nuclear en sí mismo, dando lugar a una ampliación de los términos de la discusión internacional en este sentido que en un futuro pudiera contribuir a la efectiva prohibición de esta clase de armas.

En cualquier caso, no cabe duda de que la no proliferación, así como el desarme y control de armamento nuclear, seguirá estando entre las prioridades de la agenda política y diplomática, particularmente en la discusión doctrinal en materia de derecho

41 Saenz de Santamaría, P.A. (2018). La obligación de negociar el desarme nuclear: un objetivo judicialmente incontrolable. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, p. 419.

internacional humanitario en virtud de la problemática que supone la existencia de un extensísimo material nuclear, repartido a lo largo y ancho del mundo, y que cuenta con un poder destructivo 150.000 veces mayor que la bomba lanzada sobre Hiroshima. Así pues, el desarme nuclear sigue constituyendo una prioridad para la humanidad⁴², máxime si tomamos en consideración las consecuencias indiscriminadas que necesariamente se derivarían de su empleo (que difícilmente podrían ser compatibles con los principios de DIH), tal y como ya puso de manifiesto la CIJ en su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.

Bibliografía

- Abello-Galvis (2011). Introducción al estudio de las normas de *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI. *Vniversitas*, n.º 123.
- Asorey, E. (1998). La Conferencia de desarme de las Naciones Unidas en 1977. *Política Exterior*, vol. 12, n.º 62.
- Aznar-Gómez, M.J. (1999). The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and Non liquet International Law. *International & Comparative Law Quarterly*.
- Barcelona Centre for International Affairs. La política de defensa de la Federación Rusa.
- Cervell Hortal, M.ªJ. (1999). El derecho internacional humanitario y las armas nucleares. *Anales de derecho: revista de la Facultad de Derecho*.
- De Salazar, G. (2015). El Tratado de no proliferación de armas nucleares: los temas clave en la Conferencia de Examen en 2015. *UNISCI Discussion Papers* n.º 38. Universidad Complutense de Madrid.
- Doswald Beck, L. (1997). El derecho internacional humanitario y la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 22(139).
- Fernández Egea, R. (2016). Jurisprudencia ambiental internacional (segundo semestre 2016). *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. VII, n.º2.
- Frei, D. (1988). El derecho internacional humanitario y el control de armamentos. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 13, n.º 90.
- Garrido Rebolledo, V. (2005). La conferencia de revisión del TNP: entre el desarme y la no proliferación. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.

42 Garrido Rebolledo, V. (2011). *La no proliferación y el desarme en perspectiva histórica*. Colección de Estudios Internacionales. P. 32.

- (2011). La no proliferación y el desarme en perspectiva histórica. *Colección de Estudios Internacionales*.
- Gouyez Ben Allal, A. (2014). La política nuclear de la OTAN: la amenaza de las armas nucleares tácticas para la seguridad internacional y el régimen de no proliferación nuclear. *Paix et sécurité internationales: Revue maroco-espagnole de Droit International et Relations Internationales* n.º 2.
- 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*, vol. 22, n.º 139.
- Henckaerts, J.-M. (2007). Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 7.
- Hernando Zamanillo, E. (2017). Legalidad, legitimidad e impacto humanitario de las armas nucleares en términos de seguridad: una relación conflictiva. *Revista Española de Derecho Militar* n.º 107. Escuela Militar de Estudios Jurídicos.
- Herrera Almela, M.F. (2018). El Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares: ¿es realmente necesario? Documento de opinión: Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Martín Corrales, C. (2017). Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares: ¿avance hacia el desarme nuclear? Documento de Opinión: Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Matheson, M.J. (1997). The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons. *American Journal of International Law*.
- Mc Cormack, T. (1997). Un *non liquet* con respecto a las armas nucleares —La Corte Internacional de Justicia «se planta» ante la aplicabilidad de los principios generales del derecho internacional humanitario. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 22, n.º 139.
- Ortíz-Cañavate Levenfeld, J. (2014). El futuro de las armas nucleares tácticas de la OTAN. Documento de opinión: Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Pigrau Solé, A. (2018). El caso de las Islas Marshall: colonialismo, armas nucleares y justicia ambiental. *Anuario Español de Derecho Internacional* n.º 44.
- Saenz de Santamaría, P.A. (2018). La obligación de negociar el desarme nuclear: un objetivo judicialmente incontrolable. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34.
- SIPRI yearbook 2018. Armaments, Disarmament and International Security.

— *Artículo recibido: 11 de septiembre de 2020.*

— *Artículo aceptado: 13 de abril de 2021.*
