

Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN): un paso más en la ilicitud del empleo del arma nuclear*

Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW): A further Step Regarding the Unlawfulness of the Use of Nuclear Weapons

ELENA C. DÍAZ GALÁN

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España

RESUMEN: la adopción del tratado sobre la prohibición de las Armas Nucleares (TPAN) que propone una prohibición completa de este tipo de armas presta la oportunidad para reflexionar sobre la ilicitud del empleo y, en su caso, la determinación precisa de aquellos supuestos en los cuáles el uso del arma nuclear sería aceptado por la comunidad internacional. El TPAN está orientado a eliminar el arma nuclear en las relaciones internacionales y, por ello, proclama la ilicitud del empleo de este tipo de armas. Representa un paso más, aunque todavía insuficiente para, prohibir de manera absoluta y completa el empleo del arma nuclear en las relaciones internacionales. Sin embargo, la mera adopción de este Tratado expresa la necesidad de que se proceda a una prohibición de este tipo y, además, de que se siga negociando con el propósito de alcanzar un acuerdo unánime en la comunidad internacional en esta materia. El destino último sería estimar que el empleo del arma nuclear es un supuesto especialmente prohibido por el ordenamiento jurídico internacional.

PALABRAS CLAVE: Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, Uso de la fuerza, Legítima defensa, Obligación de negociar.

ABSTRACT: The adoption of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) which proposes a complete prohibition of this kind of weapons, gives an opportunity to think about the unlawfulness of its use and, where appropriate, the precise identification of the cases in which the use of nuclear weapons would be accepted by the international community. The goal of the TPNW is to eliminate the nuclear weapons in international relations thus this Treaty proclaims the unlawfulness of the use of such weapons. TPNW is a further step, although still insufficient, in prohibiting the use of nuclear weapons in an absolute and complete way in international relations. However, the simple adoption of this Treaty shows the necessity of agreement regarding such prohibition as well as keeping negotiations in order to achieve unanimous agreement on this matter by the international community. Most likely, the use of nuclear weapons should be considered as a specially prohibited case by the international legal order.

KEYWORDS: Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, Use of force, Self defence, Obligation to negotiate.

Recibido: 22 de abril de 2019. Aceptado: 15 de mayo de 2019.

Revista de Estudios en Seguridad Internacional, Vol. 5, No. 2, (2019), pp. 39-58.
<http://www.seguridadinternacional.es/revista/>

ISSN: 2444-6157. DOI: <http://dx.doi.org/10.18847/1.10.3>

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i, Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad titulado: La Resolución 2178 2014) de las Naciones Unidas y su transposición a los derechos penales nacionales: propuestas de equilibrio entre la seguridad y los derechos individuales (Referencia DER2016-77838-R).

INTRODUCCIÓN

La irrupción del arma nuclear ha tenido relevantes consecuencias en el orden jurídico internacional, entre otros motivos, porque la fabricación y posesión de este tipo de armas, así como su eventual empleo, afectarían de modo singular a las relaciones entre los Estados. Por esto, conviene regular las conductas a este respecto, pero, sobre todo, porque tiene consecuencias especialmente graves para la humanidad y los seres humanos (Pastor, 1997). Ahora bien, algunos Estados del planeta disponen de armas nucleares y, al mismo tiempo, desde la instauración del sistema de las Naciones Unidas, se han realizado distintas pruebas y ensayos con armas de este tipo (Sauquillo, 1990). Incluso, siempre cabe recordar que el “nuevo orden internacional”, que se instaura tras la creación de esta Organización, inicia su andadura con el lanzamiento de bombas nucleares sobre las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki. En consecuencia, no sorprende que la comunidad internacional haya prestado una especial atención a esta cuestión y que, a tal efecto, se hayan adoptado normas que están básicamente dirigidas a lograr lo que se ha denominado, y repetido como una letanía, es decir, “un desarme general y completo bajo un control internacional eficaz”. Esta afirmación resulta más necesaria cuando se trata de armas nucleares por la capacidad de destrucción que tienen y por los efectos que su empleo producirían en la comunidad internacional. Pero, sobre todo, adquiere pleno sentido cuando se pretende prohibir, en todo caso, el empleo de este tipo de armas.

La adopción, en 2017, del TPNAN representa un escalón más en el camino que conduce a la prohibición definitiva en el empleo del arma nuclear más allá de que esté destinado a establecer una prohibición completa, en todas sus dimensiones, de las armas nucleares (Herrera, 2018; Martín Corrales, 2017). Por lo menos, como se dice, este instrumento “es el primer acuerdo multilateral aplicable a escala mundial que prohíbe íntegramente las armas nucleares [...] también el primer acuerdo que contiene disposiciones para abordar las consecuencias humanitarias relacionadas con el ensayo y el empleo de armas nucleares”. Ahora bien, “el Tratado complementa acuerdos internacionales vigentes sobre armas nucleares, en particular, el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, el Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares y otros acuerdos que establecen zonas libres de armas nucleares”¹. Los estudios en relación con el arma nuclear proporcionan un análisis completo y detallado de la labor realizada por la comunidad internacional con el fin de regular esta cuestión que, por lo demás, ha recibido una especial atención por la doctrina internacionalista. En concreto, se han examinado con detenimiento los aspectos que plantean las armas nucleares en el orden internacional tanto en perspectiva jurídica (Cervell, 1999; García Rico, 1999; Álvarez Verdugo, 2007; Nystuen, Casey-Maslen & Golden Bersagel, 2015; Heverin, 2014) como por respecto a los componentes de disuasión que tiene en las relaciones internacionales (Ballesteros, 2008; Frías, 2018; Wilson 2008).

No obstante, se debe prestar una especial atención a una cuestión crucial, es decir, la delimitación de una eventual prohibición absoluta en el empleo del arma nuclear a la luz de la norma que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, para decidir si se trata de una “prohibición singular y agravada”. En pocas palabras, determinar si entre los supuestos especialmente graves de empleo de la fuerza entrarían no sólo los casos de “agresión”, “intervención armada” y “represalias armadas”, que el derecho internacional ha consagrado al hilo de los distintos tipos de uso de la fuerza,

¹Véase: Comité Internacional de la Cruz Roja, <https://www.icrc.org/en/document/2017-treaty-prohibition-nuclear-weapons->

sino también algunos supuestos que se incluirían en función del tipo de armas que se utilizan, entre los que, sin duda, tendría cabida el empleo del arma nuclear así como otro tipo de armas, como las químicas o biológicas (Pérez Salom, 2002; Cervell 2007). En consecuencia, resulta esencial comprender las aportaciones normativas en el campo de la prohibición de las armas nucleares prestando la debida atención al TPAN, puesto que el propósito esencial de este acuerdo es determinar las obligaciones que están dispuestos a asumir los Estados en esta materia, con independencia de que este Tratado aún no haya entrado en vigor (Cervell, 2018). Esto revela el objeto básico, que sería descubrir la situación normativa en la que queda la prohibición del empleo del arma nuclear en el orden jurídico una vez que se han realizado numerosos esfuerzos en esta materia y, en particular, con la adopción de este nuevo tratado.

Sin entrar en detalles, la adopción del TPAN viene motivado, en perspectiva jurídica, por las siguientes razones, entre otras: primera, la insatisfacción de buena parte de la comunidad internacional por la ausencia de una norma precisa que prohíba el empleo del arma nuclear en cualquier circunstancia; segunda, para responder a las inquietudes que habitan en la comunidad internacional por las graves consecuencias que produce el empleo de este tipo de armas, sobre todo en el ámbito humanitario y medio ambiental; y, por último, por la imperiosa necesidad de completar un marco normativo en materia de desarme en cuya cúspide se situaría la prohibición de empleo del arma nuclear. No será preciso ahondar en todos los motivos que originaron la adopción del TPAN, aunque la Conferencia que tuvo lugar, en 2017, advierte de los principales fundamentos en lo que se basa esta decisión². Cabe recordar que, con la adopción de la Resolución 71/75 de la Asamblea General de Naciones Unidas en 2016, se pretendía el objetivo de

(alcanzar) un acuerdo multilateral, universal y vinculante que prohíba el empleo o la amenaza del empleo de armas nucleares contribuiría a eliminarla amenaza nuclear y a crear un clima propicio para celebrar negociaciones que culminen en la eliminación de las armas nucleares, fortaleciendo así la paz y la seguridad internacionales (A/RES/71, 15 de diciembre de 2016).

La eventual prohibición en el empleo del arma nuclear por vía consuetudinaria y la adopción del TPAN no serían, ni mucho menos, los únicos instrumentos y normas que regularían esta cuestión. La comunidad internacional ha promovido la adopción de otras normas que están destinadas a regular el arma nuclear en muchos de sus aspectos, también respecto a la prohibición de su empleo, por lo se podría hablar de “un régimen jurídico” propio en esta materia (Nuclear weapons, 2011). Siempre cabe recordar la adopción en 1968 del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares en el ámbito universal y las regulaciones que se han adoptado en ámbitos regionales que han establecido determinadas Zonas Libres de Armas Nucleares (Szurek, 1996; Hellestveit & Mekonnen, 2014)³. Más allá, se han adoptado múltiples resoluciones y declaraciones por organizaciones internacionales en relación con el arma nuclear, sobre todo en el plano universal, gracias a la labor de Naciones Unidas (Frías, 2015). En definitiva, existe un “sistema” bastante completo de normas que reconocen derechos y, en particular, imponen obligaciones en el campo del arma nuclear. Pero quedan por

²Informe de la conferencia de las Naciones Unidas para negociar un instrumento jurídicamente vinculante que prohíba las armas nucleares y conduzca a su total eliminación, A/72/206, 24 de julio de 2017, que remite a todos los documentos útiles al respecto.

³Destacan: El Tratado para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina y el Caribe, Tlatelolco, 1969; Tratado de Rarotonga, que establece el Pacífico Sur como Zona Libre de Armas Nucleares, 1985; Tratado de Bangkok que establece la Zona Libre de Armas Nucleares del Sudeste Asiático, 1995; Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central, Semipalatinsk 2006; Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África, Pelindaba, 1996.

resolver algunos problemas que derivan de la existencia del arma nuclear para asegurar la convivencia internacional y la resolución de conflictos. Lo más prioritario y esencial será determinar la licitud del empleo del arma nuclear por lo que cabría establecer normas precisas que impongan obligaciones a los Estados.

Lo mejor sería proclamar que el empleo del arma nuclear está “específicamente” prohibido por el ordenamiento jurídico internacional; que este empleo no tiene cabida en ninguna de las excepciones reconocidas al uso de la fuerza; y, asimismo, despejar las dudas respecto a si cabe el empleo de armas nucleares en casos de legítima defensa. Sin embargo, no es así. Lo más, se advierte una sólida voluntad de una parte de la comunidad internacional para proceder a una prohibición completa y absoluta de las armas nucleares, a pesar de las divergencias que existen entre los Estados que disponen del arma nuclear y los que no cuenta con armas de este tipo. La búsqueda de una prohibición completa del empleo del arma nuclear responde, por ende, a una voluntad política de parte de los Estados que conforman la comunidad internacional en la que todavía no participan aquellos que disponen del arma nuclear. Por ello, se puede decir con Vicente Garrido, que “el objetivo de un mundo sin armas nucleares es hoy una quimera” (Garrido, 2017: 72). En esta línea, la clave sigue estando en determinar la licitud del empleo del arma nuclear y su relación con las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza asentadas en el derecho internacional. La contradicción radica, en definitiva, en permitir la posesión del arma nuclear y, al mismo tiempo, proceder a la prohibición de su empleo con lo que quizá no quedaría otra opción que resolverla sobre la base de la función disuasoria que tiene el arma nuclear (Martín y Rocard, 2000; Choubey, 2015).

LA ILICITUD DEL EMPLEO DEL ARMA NUCLEAR: UN DEBATE ABIERTO

Podría sorprender que el empleo del arma nuclear pudiera ser lícito en el ordenamiento jurídico internacional (Baxter, 1959; Bekker, 1997). Este orden jurídico parte de la afirmación de que el uso de la fuerza armada está “absolutamente” prohibido y, por lo tanto, tendría cabida dentro de esta prohibición el empleo de la fuerza que tuviera lugar mediante armas de este tipo. En verdad, resulta contradictorio reconocer que, en ningún caso, los Estados y aquellos entes que tienen capacidad para usar la fuerza armada, como es el caso de algunas Organizaciones internacionales, puedan acudir a este recurso y, al mismo tiempo, suscitar que el empleo de la fuerza pudiera no ser ilícito cuando precisamente tuviera lugar a través de las armas más destructivas que se conocen y cuyo empleo causaría verdaderos estragos en la comunidad internacional. En términos jurídicos, esta contradicción sería superable porque el reconocimiento de una prohibición no impide, en modo alguno, que se abran dos vías para la reflexión:

En primer lugar, la prohibición del empleo de la fuerza supone que, al menos, en dos supuestos los Estados y otros entes de las relaciones internacionales pueden acudir a la fuerza sin que suponga un hecho internacionalmente ilícito. Los Estados pueden ejercer el derecho “inmanente” a la legítima defensa y, asimismo, la fuerza puede ocurrir legítimamente cuando se haga con la autorización del Consejo de Seguridad (Bermejo, 1993; Brownlie, 2002). Estos dos supuestos están plenamente asentados en el orden jurídico internacional y no cabe discusión alguna, con independencia de los términos y requisitos en los que se debe ejercer el uso de la fuerza en ambos casos. La cuestión más precisa es si cabe el empleo de la fuerza armada en legítima defensa que implique el uso del arma nuclear e, incluso, si el Consejo de Seguridad pudiera autorizar, en algún caso, el empleo de la fuerza con este tipo de armas. Ninguno de los dos supuestos sería

posible si previamente se determina que el empleo del arma nuclear es un caso “especialmente prohibido” de la fuerza en las relaciones internacionales. Pero las repuestas a estas cuestiones no son necesariamente pacíficas. Por ello, corresponde comprobar la práctica de los Estados, también la convencional, y las posiciones que ha adoptado la jurisprudencia internacional en la materia, en particular, la célebre Opinión Consultiva, de 8 de julio de 1996, de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares (Matheson, 1997; Chesterman, 1997; Condorelli, 1997; Fujita, 1997)⁴.

En segundo lugar, la práctica internacional identifica, mediante normas, algunos comportamientos de uso de la fuerza que se consideran “especialmente ilícitos” y que, además de estar cubiertos por la prohibición general, cuentan con una reprobación específica en el orden jurídico. Este es el caso, sin duda, de la “agresión” que supone un uso de la fuerza especialmente grave y que, en reiteradas ocasiones, ha sido calificado como “crimen internacional por excelencia”. Así se deduce, por ejemplo, de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1974. El contenido de esta Resolución explicita que se trata de un comportamiento “especialmente grave” que daría lugar a consecuencias específicas en el orden internacional entre las que se incluyen las sanciones de tipo militar. La principal cuestión radica en determinar si sucede lo mismo cuando no se trata de un comportamiento determinado sino, en realidad, de un empleo de la fuerza a través de la utilización del arma nuclear. Sería probable que cualquier uso del arma nuclear tuviera cabida en los comportamientos recogidos en el artículo 3 de esta Resolución, lo que llevaría a afirmar que todo uso del arma nuclear representa un “acto de agresión” y que, por lo tanto, estaría especialmente prohibido por el derecho internacional. No obstante, esta Resolución pone el acento en el tipo de comportamiento que implica el uso de fuerza y no en el tipo de arma que se emplea en estos supuestos.

La reciente adopción del TPAN pretende responder a algunas de estas cuestiones o, por lo menos, apunta el propósito de consagrar una “prohibición absoluta” en el empleo del arma nuclear. El artículo 1, párrafo d) de este Tratado dispone que “cada Estado parte se compromete a nunca y bajo ninguna circunstancia: [...] Usar o amenazar con usar armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares” (A/CONF.229/2017/8). La rotundidad de estas expresiones obliga a comprobar si verdaderamente se ha asentado una práctica internacional que entiende que el empleo del arma nuclear es un supuesto “especialmente prohibido” del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales y que, más allá de que implicara un típico supuesto de agresión, el mero hecho de emplear el arma nuclear quedaría englobado también en la categoría de “comportamientos especialmente prohibidos”. La adopción y redacción del TPAN apuntan, por lo menos, en esta dirección, pero otra cosa distinta es que, con la adopción de este acuerdo, e incluso con su entrada en vigor, se logre consagrar una norma de ese tipo.

El empleo del arma nuclear: la inicial ilicitud

El empleo del arma nuclear está en principio prohibido por el derecho internacional al igual que cualquier otro tipo de fuerza armada que tenga lugar con cualquier otra categoría de armas. Este punto de partida no es innecesario sino bastante útil para

⁴El texto en: ICJ “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1996, p. 226.

estudiar la cuestión de la licitud del empleo de las armas nucleares. Ahora bien, esta afirmación no asegura que, en todas las circunstancias, los Estados estén dispuestos a renunciar al empleo del arma nuclear. La ilicitud en estos casos se debe contrastar con otros aspectos que resultan esenciales para comprender si en el caso de empleo del arma nuclear estaríamos en el terreno de lo lícito o de lo ilícito y, asimismo, cuáles son las razones que impedirían una prohibición absoluta, y en cualquier circunstancia, de este tipo de armas. Las posiciones de los Estados en la práctica internacional, reflejadas en la práctica convencional y que quedan expresadas en decisiones de la jurisprudencia, resultan realmente relevantes, entre otras cosas, porque determinan el grado de aceptación de la prohibición: bien con carácter absoluto o bien con contenido parcial. Algunas indicaciones que describen el estado de la cuestión en sociedad internacional serían las siguientes:

Primera, un número significativo de Estados han tomado posición respecto al no empleo de armas nucleares, aunque sea indirectamente. A ello contribuye lo previsto en el artículo 2 del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) cuando dispone que

cada Estado no poseedor de armas nucleares que sea Parte en el Tratado se compromete a no recibir de nadie ningún traspaso de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos ni el control sobre tales armas o dispositivos explosivos, sea directa o indirectamente; a no fabricar ni adquirir de otra manera armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos; y a no recabar no recibir ayuda alguna para la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos (Brenner, 1981).

Los Estados parte en este tratado que no disponen de armas nucleares se han comprometido a no poseerlas con lo que resultaría imposible su empleo. El dato resulta especialmente significativo puesto que 186 Estados asumirían la obligación de no emplear el arma nuclear, aunque esta obligación específica no derivara expresamente del citado tratado. En virtud de este Acuerdo, el eventual empleo lícito del arma nuclear se reduciría, entonces, a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Aunque, sin embargo, habría que contemplar también la situación de otros Estados que no han llegado a ser partes en el TNP, como sería el caso de India, Pakistán, Israel, Sudán del Sur y Corea del Norte. En esta perspectiva, la conformación de una norma consuetudinaria por la que estaría absolutamente prohibido el empleo del arma nuclear podría contar con una aceptación “generalizada”. Sin embargo, siempre cabe recordar que para la conformación de una norma así se precisaría *necesariamente* el acuerdo de los Estados “especialmente interesados”, es decir, de aquellos que disponen de armas nucleares que, sin embargo, no han expresado, sino más bien lo contrario, que estén dispuestos a no emplear este tipo de armas en ningún supuesto y circunstancia. No se ha producido, entonces, la plena conformación de la norma consuetudinaria, pero destaca que un número significativo de Estados y representativo en la comunidad internacional se pronuncian en la dirección de que el empleo del arma nuclear estaría prohibido en toda circunstancia (Marrero, 2004).

En segundo lugar, el establecimiento de Zonas Libres de Armas Nucleares es una prueba más de la voluntad para proceder a una “prohibición absoluta” en el empleo del arma nuclear. Los acuerdos en los que se establecen estas Zonas disponen que no se van a producir, fabricar o almacenar ni autorizar el tránsito de armas de este tipo en el área geográfica en cuestión e, incluso, incluyen a veces cláusulas que determinan el compromiso de no emplear el arma nuclear. Así, el Tratado de Tlatelolco dispone en su artículo 1 que los Estados

se comprometen a utilizar exclusivamente con fines pacíficos el material y las instalaciones nucleares sometidos a su jurisdicción, y a prohibir e impedir en sus respectivos territorios: a. El ensayo, *uso*, fabricación, producción o adquisición, por cualquier medio, de toda arma nuclear, por sí mismas, directa o indirectamente, por mandato de terceros o en cualquier otra forma [...]⁵.

En la misma dirección se pronuncia el Tratado de Bangkok cuando estipula, en el artículo 3, que “each State Party undertakes not to, anywhere inside or outside the Zone: [...] c. *test or use nuclear weapons*”⁶. En síntesis, los Acuerdos de este tipo reforzarían la existencia de una “norma consuetudinaria” en favor de la ilicitud del empleo del arma nuclear, aunque siempre quedaría abierta la posibilidad de su utilización por los Estados que dispusieran de ellas fuera de la Zona establecida. No obstante, la redacción en otros acuerdos de este tipo es más ambigua, aunque no desmienta la posición expresada, es decir, apuntan también esta dirección. El Tratado de Rarotonga dispone la obligación de “no fabricar o en alguna forma adquirir, poseer o tener control [...]” (artículo 3). Y lo mismo sucede en el Tratado de Pelindaba de “not to conduct research on, develop, manufacture, stockpile or otherwise acquire, possess or have control [...]” (artículo 3) y la misma redacción adopta el artículo 3 del Tratado de Semipalatinsk⁷.

Por último, la CIJ se ha pronunciado, en principio, en contra del empleo del arma nuclear a través de una prohibición. Ahora bien, la postura de la Corte en la Opinión Consultiva, de 1996, no resuelve definitivamente si se trataría de “un supuesto especialmente ilícito de uso de la fuerza armada” (Chesterman, 1997; Fujita, 1997; Condorelli, 1997). En verdad, dos afirmaciones de la Corte dibujan un panorama en el que el empleo del arma nuclear no puede ser considerado, en ningún caso, lícito con lo que la decisión apunta a su eventual ilicitud aunque no se dijera de manera expresa que su empleo resultara *per se* prohibido: por un lado, la Corte determina que “no existe ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho internacional convencional ninguna autorización específica de la amenaza o el empleo de armas nucleares” (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 267). No se reconoce, por lo tanto, una excepción específica a la prohibición general del empleo de la fuerza. Por otro lado, la Corte estima, en el marco de los principios de derecho internacional, que “la amenaza o el empleo de armas nucleares sería, en general, contrario a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas de derecho humanitario” (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 267). Estas apreciaciones no serían suficientes, sin embargo, para deducir una “prohibición específica y singular” del empleo del arma nuclear, aunque percibimos que tienen la intención de apuntar en esta dirección. Ante todo, porque quedaría argumentada una prohibición singular con base en el derecho internacional general pero también porque se detalla en un sector específico de este ordenamiento jurídico, como es el derecho internacional humanitario que, a estos efectos, cumpliría la función de reforzar la prohibición y otorgarle cierta singularidad (Garrido, 2015).

La práctica y la jurisprudencia internacionales confirman, aunque sea poco, una tendencia a que el empleo del arma nuclear es un comportamiento en principio ilícito en razón de que todo uso de la fuerza está prohibido y, también, en función del tipo de arma a través de la cual tendría lugar un eventual empleo de la fuerza en las relaciones

⁵Véase: Organismo internacional de Energía Atómica, <https://www.iaea.org/es/temas/zonas-libres-de-armas-nucleares>

⁶*Ibid.*

⁷*Ibid.* En relación con el Próximo Oriente como Zona Libre de Armas nucleares el principal avance es la Resolución 67/28 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 2012.

internacionales. No se perfila, sin embargo, con toda nitidez, una “prohibición singular” de esta categoría de armas. Pero se apunta en la dirección de que las armas nucleares gozan de unos componentes, sobre todo por su capacidad de destrucción y por los efectos que producirían en la población en el ámbito humanitario, que las hacen especialmente peligrosas. La tendencia a prohibir el empleo del arma nuclear indica un camino que podría terminar en una prohibición absoluta. Ahora bien, la prohibición del empleo queda englobada muchas veces en comportamientos de tipo más general como la obligación no poseer este tipo de armas o la obligación de negociar para alcanzar una prohibición absoluta. Así, la Corte señala en su Opinión Consultiva que “existe la obligación de proseguir de buena fe y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y efectivo” (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 267), lo que implicaría, de llevarse a efecto, asentar la “prohibición absoluta y específica” del empleo del arma nuclear. Desde luego los asuntos de las Islas Marshall proporcionan indicaciones más detalladas en este sentido (Andrés, 2018; ICJ, 2014)

El eventual empleo lícito del arma nuclear en legítima defensa

Una de las razones que condiciona la adopción de una posición más contundente respecto a la ilicitud del empleo del arma nuclear y, en particular, de proclamar una “prohibición específica” es, con toda seguridad, la voluntad de dejar indemne una de las excepciones que configuran la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. El derecho internacional pone tradicionalmente el énfasis en que el uso de la fuerza estaría prohibido con independencia del tipo de arma que los Estados lleguen a utilizar. Una formulación así quiere decir que, al margen de la clase de armas, convencionales o nucleares o de otro tipo, quedaría siempre abierta la posibilidad lícita de emplear la fuerza cuando los Estados se encuentren en un estado de legítima defensa (Cervell, 2017). La CIJ ha ratificado esta posición y determina, entre dudas, que

habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, (...) no puede concluir definitivamente que la amenaza o el empleo de armas nucleares fuese legal o ilegal en circunstancias extremas de legítima defensa en que estuviese en juego la supervivencia misma de un Estado (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996: 266).

No obstante, la Corte se apresura a señalar, con posterioridad, que “no existe ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el derecho internacional convencional ninguna prohibición total y universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales”, eso sí sin que haya a este respecto unanimidad en la posición de la Corte.

En consecuencia, la excepción al uso de la fuerza que supone el estado de legítima defensa no queda condicionada en principio por el hecho de que el tipo de arma que se utilice para responder a una “agresión” sea de carácter nuclear. Lo prohibido es precisamente “la agresión”, con armas convencionales o nucleares, pero no la legítima defensa que siempre debe suponer una respuesta lícita a un previo acto de agresión (Dinstein, 2017). Sin embargo, cabe hacer dos precisiones:

Por una parte, la comunidad internacional acepta la ilicitud del primer empleo del arma nuclear lo que supondría un notable límite a la legítima defensa ejercida mediante el arma nuclear. En la célebre Declaración de 1995, los Estados nucleares garantizaban que “no serían los primeros en usar esas armas” (S/1995/261; S/1995/262; S/1995/263; S/1995/264; S/1995/264; Cervell, 2018: 436). Esta posición guarda correspondencia con lo que indica la “Definición de agresión” en la que se dice que “el primer uso de la

fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión [...]” (A/3314, 14 de diciembre de 1974). La diferencia estriba, no obstante, en que en la Declaración de 1995 los Estados que disponen de armas nucleares reconocen que no recurrirán en primer lugar a las armas nucleares, eso sí, a no ser que sea como respuesta a un previo acto de agresión. Por si fuera poco, con mayor precisión, la Resolución 984 (1995) del Consejo de Seguridad,

toma nota con reconocimiento de las declaraciones hechas por cada uno de los Estados poseedores de armas nucleares (...), en que dan garantías de seguridad contra el uso de armas nucleares a los Estados que no poseen este tipo de armas y que son Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (S/RES/984 (1995) 11 de abril).

Una explícita afirmación de no emplear el arma nuclear en ningún caso contra esos Estados. Ahora bien, la situación normativa que dibujan estos instrumentos no permite dilucidar si en el supuesto de una “amenaza inminente” cabría la posibilidad de activar la legítima defensa también con armas nucleares cuando esta amenaza se hiciera realidad precisamente a través de este tipo de armas. Aquí, estaríamos antes dos supuestos: primero, el uso del arma nuclear en respuesta a un previo “acto de agresión nuclear”; y, segundo, el uso del arma nuclear en respuesta a un previo “acto de agresión convencional”. En el primer caso no cabría descartar, en modo alguno, que la respuesta en legítima defensa fuera de alcance nuclear con la limitación, eso sí, de que no proceden “alegaciones indiscriminadas e improcedentes” del estado de legítima defensa y que, asimismo, se tomará una especial cautela cuando ésta pudiera ejercerse mediante la respuesta nuclear. En cualquier caso, quedaría descartada la “legítima defensa preventiva” en supuestos de respuesta nuclear (Terry & Openshaw, 2014).

Por otra parte, el estado de legítima defensa carece de todo significado jurídico si es “absolutamente desproporcionada”, de tal manera que el ataque en respuesta a un “acto de agresión” se convertiría en “acto de agresión” si no se produce de manera proporcional. La calificación de la “proporcionalidad” en la legítima defensa suscita, sin embargo, algunas dudas en los eventuales supuestos del empleo del arma nuclear. Lo primero sería saber si cabe una reacción nuclear en respuesta a un ataque armado convencional, siendo así que la solución general es que una respuesta de este tipo sería “esencialmente desproporcionada” y, por lo tanto, ilícita. En este sentido, sólo cabrían dos opciones para medir con precisión la proporcionalidad: primera, en relación con un ataque nuclear se podría actuar en legítima defensa mediante el empleo de armas nucleares en la medida y en los términos en los que se produjo el ataque y nunca mediante una reacción que sobrepase esencialmente los límites del ataque. Segunda, no se ha cerrado definitivamente la posibilidad de responder mediante armas nucleares a un ataque armado de tipo convencional pero que tenga bastante envergadura y que, por ende, fuera equiparable a un ataque de tipo nuclear o que resultara absolutamente imposible repeler el ataque sin que se acudiera al uso de armas nucleares. Aquí, la legítima defensa, también con armas nucleares, debe ser estrictamente proporcional, correspondiendo únicamente al Consejo de Seguridad proceder a la calificación de la proporcionalidad y nunca realizarse con base en decisiones unilaterales de los Estados. Aunque de producirse, es probable que la práctica proporcionase esta solución.

LA PROHIBICIÓN COMPLETA DEL ARMA NUCLEAR: UN PROPÓSITO INSATISFECHO

En ocasiones, no se pone el debido énfasis en la sólida voluntad de la comunidad internacional, desde hace tiempo, en favor de un “desarme general y completo”. Por repetirlo tanto se oscurece el verdadero significado de estas expresiones que no están

referidas sólo a las armas nucleares sino también a todo tipo de armas, aunque adquiere más significado en el caso de armas de destrucción masiva (Szasz, 2004). Ahora bien, un propósito específico del comportamiento de los Estados es que todos los Estados del planeta carezcan de armas nucleares y, por lo tanto, la voluntad general de desarme adquiere aquí una significación especial. En perspectiva jurídica, la adopción de tratados en esta materia atestigua esta realidad y, sobre todo, la pretensión de que se produzca una prohibición completa de este tipo de armas. Se ha llegado a decir que “se da una necesidad política urgente y una oportunidad de impulsar un tratado de abolición nuclear” y, además, que “una convención reducirá los peligros nucleares al prohibir la utilización, el despliegue y la posesión de armas nucleares” (Fundació per la Pau, s.f.: 13). Los instrumentos orientados a la prohibición del arma nuclear siempre han buscado que se asuma una “obligación precisa” que establezca la prohibición completa en todas sus dimensiones. Por esto, importa recordar que han existido distintos intentos por aprobar un Tratado en el que queden proscritas definitivamente las armas nucleares. Así, en 1991, la Asamblea General de las Naciones Unidas, propuso la elaboración de una “convención sobre la prohibición de utilización de armas nucleares”, lo que privaba de todo sentido a la posesión de este tipo de armas, a no ser que se destinasen exclusivamente a fines de disuasión. Aunque se trató de un paso que no tuvo éxito, sin embargo, expresó bastante bien la existencia de un robusto propósito de acabar, de una vez por todas, con el empleo de las armas nucleares. Esto es lo que se deja ver en la Resolución 46/37 D de este órgano de las Naciones Unidas, siendo así que el artículo 1 del Proyecto de Convención no puede ser más rotundo, al estipular que los Estados “se comprometen solemnemente a no utilizar ni amenazar con utilizar armas nucleares en ninguna circunstancia” (A/46/37 D, 6 de diciembre de 1991; Lomónaco, 2017).

No obstante, un paso más decisivo se ha dado con la aprobación del TPNW, en 2017⁸. La adopción de este tratado supone un hito en la tendencia por provocar la eliminación de todas las armas nucleares y, de alguna forma, representa el escalón final que culmina múltiples esfuerzos normativos que se han realizado en esta materia. El mero hecho de adoptar este acuerdo revela que una parte de la comunidad internacional (en las negociaciones participaron dos tercios de los Estados miembros de las Naciones Unidas), a pesar de correr el riesgo de encontrarse con un nuevo fracaso, está dispuesta a que las armas nucleares reciban una prohibición completa en el orden internacional. Conviene destacar que todo ello se quiere lograr mediante un instrumento de carácter y significado jurídico. No se trata ahora de examinar, con detalle, los aspectos que definen el proceso de negociación, adopción y los problemas a los que se enfrenta este instrumento⁹ sino, en particular, señalar su contribución a una eventual prohibición del empleo del arma nuclear como supuesto “especialmente grave” de uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Por esta razón, cabe valorar positivamente la opción por el mecanismo del tratado para dar significación jurídica a la voluntad de prohibir de manera completa el arma nuclear. Precisamente la tendencia, en la actualidad, resulta ser la contraria, es decir, en aquellos campos que más preocupan en el orden internacional se comienza a adoptar una serie de instrumentos que apenas tienen valor jurídico y que expresan, en suma, lineamientos meramente políticos que, a lo más, indican orientaciones o meras pautas de conducta. En cualquier caso, pretender resolver la cuestión relativa al empleo de armas nucleares en el marco de tratados es una prueba

⁸También, toda la información sobre la Conferencia y los textos aprobados, se encuentra disponible en <http://ask.un.org/faq/202310>.

⁹United Nations Conference to Negotiate a Legally Binding Instrument to Prohibit Nuclear Weapons, Leading Towards their Total Elimination, 16 February, 27-31 March, 15 June-7 July 2017, <https://www.un.org/disarmament/tpnw/index.html>.

fehaciente de la voluntad que tienen los Estados de situar esta cuestión en la cúspide normativa y, por ello, de sentar las bases para el surgimiento de eventuales normas consuetudinarias en la materia. El propósito no es otro que ir agotando etapas que llegarían, en definitiva, a proclamar una prohibición específica en el empleo del arma nuclear.

La necesidad de una respuesta normativa que prohíba el empleo del arma nuclear

El propósito de prohibir de manera completa las armas nucleares queda marcado de manera indeleble en el texto del TPN. La razón última es impedir los daños y el perjuicio que produce para la humanidad el eventual empleo de estas armas e, incluso, su fabricación y posesión. Lo primero que indica el Preámbulo es que los Estados se muestran “profundamente preocupados por las catastróficas consecuencias humanitarias que tendría cualquier uso de armas nucleares” y, asimismo, reconocen la “necesidad de eliminar por completo esas armas, [...] única manera de garantizar que las armas nucleares no se vuelvan a utilizar nunca en ninguna circunstancia” (A/CONF.229/2017/8). Este Tratado indica que la comunidad internacional tiene como misión, entonces, proceder a una prohibición absoluta del arma nuclear. Ahora bien, ni aún ha entrado en vigor y, además, precisa para ello que 50 Estados lleguen a ser parte como dispone el artículo 15. A día de hoy, tan sólo 70 Estados lo han firmado y únicamente 23 lo han ratificado o se han adherido¹⁰. Sin embargo, el éxito del Tratado no depende, aunque es sumamente importante, sólo del número de Estados que finalmente lo acepten sino, sobre todo, de la incorporación de aquellos Estados que tienen un papel más decisivo en el eventual empleo de este tipo de armas. Está claro que ningún Estado que dispone del arma nuclear calibra la posibilidad de llegar a ser parte en el acuerdo y siempre cabe recordar la posición en contra que sostuvieron estos Estados y otros hacia las conclusiones de la Conferencia de 2017¹¹. Pero, asimismo, tan sólo Austria dentro de la Unión Europea ha procedido a su ratificación, y únicamente Irlanda ha procedido a su firma. Por lo tanto, no sólo este instrumento no está en vigor, sino que, además, aunque no se descarta, encontrará dificultades para ello y encontrará la oposición de los “Estados nucleares” y de aquellos que participan en Organizaciones internacionales, como la OTAN, algunos de cuyos miembros disponen del arma nuclear.

Teniendo en cuenta el proceso de elaboración de este tratado, las posiciones que los Estados adoptaron en la Conferencia de Nueva York, en 2017, y la evolución que viene experimentado el acuerdo se podrían extraer algunas conclusiones: primera, los Estados que disponen del arma nuclear han expresado su voluntad de no llegar a ser parte en el tratado lo que debilita la norma en virtud de la cual se prohibiría el empleo del arma nuclear; segundo, aunque no cabe descartar que en un tiempo razonable el tratado entre en vigor, sin embargo, en razón del perfil de los Estados que hasta ahora han procedido a su firma, no parece que contase con la aceptación de muchos Estados que resultan precisos para reforzar la norma que prohibiera el empleo; por último, nada de ello oculta, sin embargo, la voluntad de una parte de la comunidad internacional por consagrar una prohibición completa de este tipo de armas. En resumen, el destino del tratado es bastante incierto pero su mera adopción supone un avance en la conformación político-jurídica del comportamiento de los Estados, en nuestro caso, en relación con el

¹⁰United Nation. Treaty Collection, <https://treaties.un.org/>.

¹¹Derecho Internacional. Dipublico.org. <https://www.dipublico.org/109058/tratado-sobre-prohibicion-de-armas-nucleares-breve-balance>.

empleo del arma nuclear. A partir de ahí quedan algunas cuestiones por resolver, como la definición del arma nuclear y la determinación exacta de las conductas prohibidas y en qué circunstancias y, cómo no, los mecanismos previstos en el Tratado para asegurar su aplicación, con los límites e incertidumbres que todavía existen al respecto (Cervell, 2017: 436).

En cualquier caso, el TPAN combina dos criterios, uno ético y otro jurídico, que deben fundamentar el rechazo de la comunidad internacional a las armas de este tipo y, en concreto, a su empleo, lo que representa una importante contribución. Esto queda plasmado de manera explícita en el contenido del Tratado. Por un lado, advierte que se inspira en motivos “estrictamente humanitarios” y acoge una noción de seguridad en la que sitúa como centro a la persona humana. El Preámbulo estima que “cualquier uso de armas nucleares sería [...] aborrecible a la luz de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública” (A/CONF.229/2017/8) lo que supone una “preocupación moral” que tendría traducción política. Ahora bien, por otro lado, se le otorga significado jurídico al propósito de erradicar el arma nuclear. La “obligación moral” de poner fin al uso y posesión de estas armas se estima insuficiente por lo que, incluso, no bastaría con un compromiso político. Por ello, dos párrafos del Preámbulo destacan que la necesidad de adoptar una perspectiva jurídica en este materia: primero, porque “cualquier uso de armas nucleares sería contrario a las normas del derecho internacional aplicables en los conflictos armados, en particular los principios y las normas del derecho internacional humanitario,” (A/CONF.229/2017/8); y segundo, porque “una prohibición jurídicamente vinculante de las armas nucleares constituye una contribución importante para el logro y el mantenimiento de un mundo libre de armas nucleares, incluida la eliminación irreversible, verificable y transparente de las armas nucleares [...]” (A/CONF.229/2017/8). Expresiones así refuerzan la percepción jurídica en relación con el arma nuclear, lo que explica que el combate contra este tipo de armas se haya querido llevar a cabo a través de la adopción de un tratado que impone obligaciones precisas. Aunque no cabe menospreciar que esta posición tiene también algunas desventajas puesto que no todos los Estados, y menos quienes la poseen, están dispuestos a aceptar las obligaciones recogidas en un instrumento vinculante, en concreto la prohibición del empleo del arma nuclear en toda circunstancia.

Sin embargo, más allá, sería equivocado no reconocer que el TPAN supone un aporte más en la intención de la comunidad internacional de proceder a una prohibición absoluta, y en cualquier circunstancia, del empleo del arma nuclear y de las propias armas nucleares en sí mismas. Todavía es complicado lograr este propósito porque será difícil que la decidida voluntad que expresa el Tratado se corresponda con el grado de aceptación que debería tener; y, en concreto, porque no se detecta la voluntad de los Estados que disponen de armas nucleares de aceptar los compromisos que estipula este instrumento jurídico. La pregunta que se suscita, entonces, es: ¿qué será lo que quede de un tratado que incorpora una prohibición completa del arma nuclear cuando quienes tendrían las principales obligaciones no están dispuestos, en modo alguno, a aceptarlas?

Para superar esta contracción se podrían abrir otros caminos. Por de pronto, la adopción del Tratado deja más abierta la puerta para que se pudiera consagrar una norma consuetudinaria que prohibiera el empleo del arma nuclear, aunque para ello se precisen comportamientos complementarios de los Estados que, inspirados en el contenido del Tratado, apuntasen en esta dirección. Además, curiosamente, la no aceptación del TPAN podría conducir a reforzar otros acuerdos que limitan la posesión del arma nuclear lo que, en realidad, repercute en las posibilidades de su empleo. En esta línea, por ejemplo, España declaró su posición en contra del TPAN entendiendo el

entonces Ministro de Asuntos Exteriores, Alfonso Dastis, que “nos parece que ese tratado no es el camino correcto” por lo que convendría “reforzar el Tratado de No Proliferación Nuclear” (El Confidencial, 2018). En consecuencia, la principal aportación del TPAN ha sido traducir en términos jurídicos una obligación precisa de no empleo del arma nuclear que se aventura difícil de aceptar pero que, sin embargo, sitúa en el centro del debate a través de un instrumento jurídico con vocación vinculante la necesidad de llegar a una prohibición de este tipo. En resumen, caben dos conclusiones positivas: por una parte, la vía de la conformación de una norma consuetudinaria que prohíba el empleo del arma nuclear nunca está cerrada y la mera adopción del TPAN presta una nueva oportunidad para que algunos Estados se vayan sumando a esta posibilidad. Por otra parte, las dificultades para su entrada en vigor e, incluso, para que obtenga un número más elevado de Estados firmantes, no quita que la mera adopción del TPAN proporcione el contenido de las obligaciones de los Estados pudieran asumir en relación con el empleo del arma nuclear.

Rescatar la obligación de negociar una prohibición completa de las Armas Nucleares: un paso necesario para prohibir el empleo del arma nuclear

La adopción del TPAN representa “una contribución esencial en pro del desarme nuclear” (Andrés, 2017: 417) aunque no se constituya en el instrumento que vaya a poner fin a las armas de este tipo y del que se deduzca para todos miembros de la comunidad internacional la obligación completa de eliminar las armas nucleares y, en particular, de su empleo. Esto se debe no sólo a que las potencias nucleares hayan expresado la intención de no aceptarlo, sino que, por sí mismo, aunque representa una etapa en el camino para proscribir definitivamente el arma nuclear, no alberga todos los componentes precisos para que consolide terminantemente una norma consuetudinaria en este sentido. Por ello, sigue en vigor el contenido del artículo 6 del TNP, es decir, la obligación de los Estados de negociar para alcanzar el pleno desarme nuclear. Es lógico que una obligación así no aparezca en la parte dispositiva del TPAN puesto que la entrada en vigor y, sobre todo, la aceptación por todos los Estados del planeta de este Tratado significaría que han culminado las negociaciones destinadas a la eliminación absoluta del arma nuclear. Esto explica que la referencia a la obligación de negociar aparezca únicamente en el Preámbulo del Tratado, en el que se recuerda que “existe la obligación de celebrar de buena fe y llevar a su conclusión negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y eficaz” (A/CONF.229/2017/8). No obstante, esta obligación es una de las más importantes que se pueden rescatar. Las decisiones adoptadas por la CIJ de no entrar en el fondo del asunto en los casos presentados por las Islas Marshall relativos a las “obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear”, de 2016, privan de conocer con detalle la naturaleza y contenido preciso de la obligación de negociar en el ámbito nuclear, aunque como se ha destacado, las posiciones de las partes y las opiniones de los jueces podrían proporcionar algunas conclusiones al respecto (Andrés, 2018: 400).

Existen posturas distintas respecto al destino del TPAN, pero todo hace presagiar que ni tan siquiera su eventual aceptación por una parte significativa de la comunidad internacional sería suficiente para lograr la eliminación definitiva de este tipo de armas, sobre todo, por la oposición de aquellos Estados que más tienen que aportar al respecto, es decir, quienes disponen de armas nucleares. Por esta razón, también, sigue viva la obligación jurídica de negociar con la finalidad no sólo de cumplir una mera obligación de comportamiento sino, más bien, como reconoció la CIJ en su Opinión Consultiva, de

1996, “la obligación de que aquí se trata es una obligación de lograr un resultado preciso” (Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996: 264, párr. 99). No obstante, algunas de las vías que se abren para que todos los Estados llegaran a la conclusión de poner fin de manera completa y eficaz al arma nuclear en todas sus formas y manifestaciones serían las siguientes: en primer lugar, muchos de quienes no aceptan el contenido del TPAN estarían obligados a reconsiderar su posición y podrían incorporarse progresivamente a este acuerdo lo que, en algunos casos, resulta prácticamente imposible puesto que decidieron no participar en las negociaciones que condujeron a su adopción. En segundo lugar, siempre queda abierta la posibilidad de aprobar Protocolos que dispongan la aceptación de distintas disposiciones del Tratado y la paulatina incorporación de todos los Estados al contenido básico del mismo. En esta línea, resultaría necesaria la elaboración de un Protocolo relativo al empleo del arma nuclear. En todo caso, los esfuerzos en esta dirección deben seguir realizándose, aunque quizá se llegue a la conclusión de que el TPAN “nace muerto” a pesar de las nobles intenciones que presiden las disposiciones que incorpora (Cartagena, 2017).

Lo más prioritario es que la obligación de negociar para lograr un acuerdo que establezca una prohibición completa del arma nuclear debe centrarse ahora, por lo tanto, en aquellos Estados que tienen verdadera capacidad militar nuclear y cuya participación, como se reitera, resulta indispensable para que la comunidad internacional disponga de una prohibición absoluta del empleo de este tipo de armas. La cuestión no se decide, en consecuencia, en el terreno jurídico puesto que la opción por un tratado en esta materia no asegura la eficacia de las normas y menos aún su plena consagración y aplicación, sino que más bien se debe tomar una decisión política que, con posterioridad, se pueda traducir en algún instrumento, aunque no tenga valor vinculante. En esta línea, aunque parece imposible, sería vital que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad ejercieran su responsabilidad primordial que les corresponde en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El propósito sería alcanzar algún tipo de acuerdo que, en una primera fase, condujera a intensas negociaciones para impedir sobre todo el empleo, pero también la proliferación del arma nuclear; y que, en una segunda fase, diera como resultado la prohibición completa de este tipo de armas. En esta óptica, la obligación de negociar adquiere un sentido más pragmático y dejaría margen suficiente para que los Estados que disponen del arma nuclear llegasen a algún tipo de acuerdo. Lo primero de todo debería ser probablemente renunciar, en todo caso y en todas las circunstancias, al empleo del arma nuclear.

La consecución de los propósitos del TPAN y también la obligación de negociar para prohibir el empleo del arma nuclear encuentran, sin embargo, serias dificultades. El desarme nuclear completo se enfrenta a las situaciones reales que provoca la política internacional y, en concreto, a las decisiones que han adoptado los Estados. En esencia, perviven dos obstáculos de difícil superación: primero, los Estados que disponen del arma nuclear no están dispuestos a prescindir de ella y, por lo tanto, como se demuestra en el proceso de negociaciones del TPAN, tampoco contemplan aceptar el compromiso que recoge este acuerdo de no proceder a su empleo. La adopción del TPAN no carece de sentido, pero esta realidad es una notable, y casi insuperable, limitación a la hora de que produzca efectos jurídicos. Nada induce a pensar que esté aconteciendo un cambio de postura en las “potencias nucleares” en su política exterior en esta materia. Todo lo contrario. Mientras que los Estados que disponen de armas nucleares cuentan con esta herramienta de poder en la conformación de las relaciones internacionales, asimismo, se observa el comportamiento de otros Estados que buscan la posesión de armas de este tipo con el fin de sumarse al grupo de Estados que les lleve a una posición dominante en

el orden internacional. Segundo, la adopción del TPAN podría quebrar en algunos casos la política de Organizaciones internacionales en materia nuclear, como es el supuesto de la OTAN y su política de disuasión nuclear. Cabe recordar que, hace tiempo, esta Organización señaló que

para proteger la paz y prevenir la guerra o toda forma de coerción, la Alianza mantendrá en el futuro previsible una combinación apropiada de fuerzas nucleares y de fuerzas convencionales estacionadas en Europa [...] Las armas nucleares aportan una contribución única haciendo incalculables e inaceptables los riesgos que supondría una agresión contra la Alianza. Así, estas armas son indispensables para mantener la paz (Gouyez, 2014: 69).

La asentada e invariable política de la OTAN en esta materia dificulta la incorporación al TPAN de los Estados de la Alianza y no sólo de aquellos que disponen del arma nuclear. En otros términos, una política de disuasión nuclear tan definida de la Organización atlántica supone un escollo prácticamente insuperable para que el TPAN llegue a ser aceptado por los Estados que la integran y quiebra en parte la eventual configuración de sus reglas con carácter consuetudinario. Por lo que se podría decir que, en la OTAN, “en la práctica, [...] su política es contraproducente en cuanto a los esfuerzos internacionales en materia de desarme y no proliferación nuclear” (Gouyez, 2014: 69). Las expresiones en este sentido, tras la adopción del TPAN, son bastante nítidas, es decir, “mientras las armas nucleares existan, la OTAN seguirá siendo una alianza nuclear” como señaló el Consejo de la Organización en septiembre de 2017, una vez adoptado el TPAN (Agencia Efe, 2017).

En cualquier caso, siempre queda abierto el camino de la negociación para alcanzar un acuerdo básico en torno a la prohibición completa de las armas nucleares y, sobre todo, para llegar a un compromiso, aunque sea político, que determine la obligación de no proceder al empleo del arma nuclear. La adopción del TPAN no es el final de camino, sino una nueva etapa en el recorrido emprendido por la comunidad internacional para la proscripción definitiva de este tipo de armas. Las expresiones que contiene este Tratado son bastantes nítidas y abogan por una prohibición total del empleo del arma nuclear, pero en su propia naturaleza y por los perfiles que definen el proceso de su elaboración lleva en sí el germen de la no aceptación por todos los Estados de la comunidad internacional y, en particular, de aquellos cuya participación es absolutamente imprescindible para que se eliminen definitivamente las armas nucleares y, con ello, se proceda a la proscripción absoluta de su empleo. En resumen, por lo que respecta a la eventual prohibición del empleo del arma nuclear, la adopción del TPAN representa un avance todavía insuficiente: por un lado, porque se trata del primer acuerdo internacional con vocación universal y carácter vinculante que establece una prohibición precisa del empleo de este tipo de armas; y, por otro lado, porque una parte de la comunidad internacional expresa con su aceptación la intención de proceder a esta prohibición, aunque debamos insistir en la ausencia de compromiso de quienes más tienen que decir en este asunto.

CONCLUSIONES

Múltiples esfuerzos, también normativos, se han destinado para prohibir o limitar el empleo y la posesión de armas nucleares y, además, se han producido plasmaciones normativas de gran interés. En la actualidad existen instrumentos con valor vinculante que establecen notables límites en el campo nuclear que orientan a la comunidad internacional hacia una prohibición absoluta de las armas nucleares y, sobre todo, de su

empleo. En esencia, se advierte una sólida voluntad de que los Estados prescindan de estas armas y que, en ningún caso, tenga lugar su empleo en cualquier circunstancia, en concreto, por las consecuencias humanitarias que produciría. No se puede decir que este propósito se haya logrado plenamente, aunque se han dado pasos decisivos en esta dirección. La adopción del TPN representa un notable intento más y, sobre todo, plasma la “ambición” de muchos Estados de la comunidad internacional por alcanzar una prohibición absoluta en el empleo del arma nuclear, aunque debamos apresurarnos a decir que no cuenta, sin embargo, con la aceptación de quienes disponen del arma nuclear.

Las normas bien asentadas que regulan la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales no son suficientes para establecer una prohibición “absoluta y completa” del empleo del arma nuclear. En principio, lo establecido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas cubre también aquellos supuestos en los que la fuerza tuviera lugar con este tipo de armas y, por lo tanto, cualquier comportamiento en este sentido estaría completamente prohibido. Pero la práctica internacional no proporciona una norma consuetudinaria que prohíba “específicamente” el empleo del arma nuclear por lo que estos supuestos quedarían englobados en el ámbito de la prohibición general. No obstante, las consecuencias y efectos de este tipo de armas empujan a los Estados a considerar que su empleo estaría cubierto por una “prohibición específica y singular” que todavía no se ha consagrado. Por regla general, emplear el arma nuclear sería un caso especialmente grave de uso de la fuerza armada por lo que la inexistencia de una formulación expresa que prohíba el empleo del arma nuclear podría quedar colmada por una práctica que proclamase la vigencia de una norma consuetudinaria en la materia. Sin embargo, se advierte a lo más una tendencia a que el empleo del arma nuclear supone un “supuesto especialmente grave del uso de la fuerza armada” en las relaciones internacionales. En esencia, no cabe asegurar la existencia de una prohibición total en el empleo del arma nuclear por la ausencia de una norma en la materia y, sobre todo, porque el empleo de este tipo de armas podría tener cabida en las excepciones al empleo de la fuerza ampliamente reconocidas por el ordenamiento jurídico internacional.

Más allá del caso en el que el Consejo de Seguridad autorizase un uso de la fuerza con arma nuclear, lo que resultaría difícil, la cuestión central radica en si es posible que los Estados respondan a un ataque armado mediante el empleo de la fuerza nuclear, por encontrarse en estado de legítima defensa. La práctica internacional no descarta una situación de este tipo que, de producirse, no llegaría a considerarse ilícita. En el derecho internacional actual, por mucho que duela, cabe una respuesta en legítima defensa por medio de armas nucleares. Los Estados se han reservado esta posibilidad. Sin embargo, la legítima defensa adquiere un perfil particular en los supuestos en que la respuesta pudiera tener lugar mediante el empleo de armas nucleares: primero, porque no tendrían cabida reacciones con arma nuclear en relación con ataques meramente convencionales y tan sólo se reservaría para aquellos casos en los que la “agresión” se lleva a cabo también a través del arma nuclear y, como mucho, en relación con ataques de carácter convencional de tal envergadura y consecuencias que fueran perfectamente equiparables a supuestos de empleo del arma nuclear. Segundo, porque el tradicional criterio de la proporcionalidad es extremadamente riguroso cuando una respuesta en legítima defensa implicase el empleo del arma nuclear. Por último, porque la prohibición de la “legítima defensa preventiva” se refuerza aún más en los casos en los que se pretendiera ejercer mediante armas nucleares.

La comunidad internacional pretende la prohibición completa del arma nuclear. De conseguirse, serían innecesarias, por lo tanto, otras normas que impongan la prohibición

de su empleo, fabricación y posesión, al menos con fines militares. Infortunadamente, la comunidad internacional todavía está bastante lejos del logro de un propósito así. Las negociaciones que llevaron a la adopción del TPN, y el grado de aceptación que ha recibido, así lo atestiguan. Todavía no se advierte la voluntad de los Estados que disponen de armas nucleares de llegar a un acuerdo en este sentido y, por ello, este Tratado está abocado a un cierto fracaso. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que los Estados continúen la negociación con este fin y, en particular, para abolir el empleo del arma nuclear. Más aún, prácticamente todos los Estados, incluidos aquellos que disponen de armas nucleares, han aceptado la obligación de negociar para llegar a resultados precisos, entre los cuales debería primar la obligación de prohibir el empleo. La traducción final de estas negociaciones no debe ser necesariamente la adopción de un Tratado. Incluso, sería más pragmático abrir vías políticas que plasmen compromisos de este tipo. El TPN no tiene los días contados una vez que entre en vigor, si esto se produce, pero precisa de complementos políticos y normativos que aseguren su aplicación y eficacia. El recorrido debe ser paulatino y determinar el logro de metas parciales y concretas. La consecución de una prohibición completa del arma nuclear, aunque es un imperativo ético de la comunidad internacional, no parece posible en un breve lapso de tiempo, por lo que sería de interés contar con un compromiso político preciso que prohibiera específicamente el empleo del arma nuclear.

NOTA SOBRE LA AUTORA:

Elena C. Díaz Galán. Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Correo: elenacdiaz1@gmail.com

REFERENCIAS

Agencia EFE, (2017), “OTAN nuclear”, Bruselas, 20 sep.

Álvarez Verdugo, Milagros (2007), *Incidencia del Consejo de Seguridad sobre el régimen jurídico de las armas nucleares*, Barcelona: JMB.

Andres Saenz de Santamaria, Paz (2018), “La obligación de negociar el desarme nuclear: ¿un objetivo judicialmente incontrolable? (Algunas cuestiones a la luz de los asuntos de la Islas Marshall)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, No. 34, pp. 397-420.

Ballesteros Martín, Miguel Ángel (2008)., “El papel de las armas nucleares en el mundo actual”, *Ejército de tierra español*, No. 813, pp. 6-13.

Baxter, Richard R (1959), “The Legality of Nuclear Weapons”, *American Journal of International Law*, Vol. 53, No. 2, pp. 497-497.

Bekker, Pieter H.F. (1997), “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *American Journal of International Law*, Vol. 91, No. 1, pp. 126-133.

Bermejo García, Romualdo (1993), *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Navarra: Cívitas.

Brenner, Michael J. (1981), *Nuclear Power and Non-Proliferation: The Remaking of U.S. Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 259-266.

Brownlie, Ian (2002), *International Law and the Use of Force by States*, Published to Oxford Scholarship Online.

Cartagena Núñez, Ignacio (2017), “El valor de un título: el Tratado de Prohibición del Arma Nuclear y su impacto en el régimen de no proliferación”, *Boletín I.E.E.E.*, No. 7 (julio-septiembre), pp. 889-902.

Cervell Hortal, María José (1999), *El derecho internacional ante las armas nucleares*, Murcia.

Cervell Hortal, María José (2007) “La prohibición de las armas químicas”, en Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (coord.), *Derecho internacional humanitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 371-398.

Cervell Hortal, María José (2017), *La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Cervell Hortal, María José (2018), “El Tratado para la prohibición de las armas nucleares (2017): ¿utopía o realismo?”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, No. 34, pp. 421-441.

Chesterman, Simon (1997), “The International Court of Justice, Nuclear Weapons and the Law”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 44, No. 2, pp. 149-167.

Choubey, Deepti, (2015), “Desarme nuclear por la vía de la seguridad nuclear”, *Política Exterior*, Vol. 29, No. 166, pp. 54-62.

Condorelli, Luigi (1997), “Nuclear weapons: A weighty matter for the International Court of Justice: Jura non novit curia?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, No. 316, pp. 9-20.

Cottingham, W., y Greenwood, D., (2001), “Nuclear reactions”, in *An Introduction to Nuclear Physics*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 103-114.

Dalrymple, Rawdon F., (1985), “South Pacific Forum: The South Pacific Nuclear Free Zone Treaty”, *International Legal Materials*, Vol. 24, No. 5, pp. 1440-1463.

Dinstein, Yoram (2017), “The Modalities of Individual Self-Defence”, in *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 261-300.

El Confidencial, 27 de febrero de 2018 (España: Tratado Prohibición de Armas Nucleares no es el camino correcto).

Firmage, Edwin Brown (1969), “The Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons”, *American Journal of International Law*, Vol. 63, No. 4, pp. 711-746.

Frías Sánchez, Carlos Javier (2015), *El régimen de no proliferación nuclear tras el final de la guerra fría*, Tesis doctoral, UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

Frías Sánchez, Carlos Javier (2018), “¿Son obsoletas las armas nucleares?”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión*, 66/2018, 1 de junio.

Fundació Per la Pau (s.f.) *Hacia la abolición de las armas nucleares*, Barcelona, p. 13.

Fujita, Hisakazu (1997), “The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of nuclear weapons”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, No. 316, pp. 56-64.

García Rico, Elena del Mar (1999), *El uso de las armas nucleares y el Derecho Internacional: análisis sobre la legalidad de su empleo*, Madrid: Tecnos.

Garrido Rebolledo, Vicente (2015), “La no proliferación y el desarme humanitario”, *Política Exterior*, Vol. 29, No. 166, pp. 40-52.

Garrido Rebolledo, Vicente (2017), “Incertidumbres nucleares”, *Política Exterior*, Vol. 31, No. 177, pp. 72-82.

Gouyez Ben Allal, Anass (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*, No. 2, janvier-décembre, pp. 65-80.

Hellestveit, Cecilie & Mekonnen, Daniel R. (2014), “Nuclear weapon-free zones”, in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen & Annie Bersagel (eds.), *Nuclear Weapons under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 347-373.

Herrera Almela, Mael Francisco (2018), “El Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: ¿es realmente necesario?”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión*, 104/2018, 15 de octubre.

Heverin, Timothy J. (2014), “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons: Environmental and Humanitarian Limits on Self-Defense”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 72, No. 4, pp. 1277-1308.

International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and orders legality of the threat or use of nuclear weapons advisory opinion of 8 July 1996, Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

International Committee of the Red Cross, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 24 April 2018

Llewellyn, Huw (1997), “The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10 No. 2, pp. 269-280.

Lomónaco, Jorge (2017), “Hacia la prohibición de las armas nucleares”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 110, mayo-agosto, pp. 79-95.

Marrero Rocha, Inmaculada (2004), *Armas nucleares y Estados proliferadores*, Granada: Universidad de Granada.

Martin, David et Rocard, Michel (2000), “La menace des armes nucléaires ne doit pas être éternelle”, *Politique Étrangère*, Vol. 65-1, pp. 213-223.

Martin Corrales, Cristian (2017), “Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares: ¿Avance hacia el desarme nuclear?”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión* 97/2017, 22 de septiembre.

Matheson, Michael J. (1997), “The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *American Journal of International Law*, Vol. 91, No. 3, pp. 417-435.

Nuclear weapons and international law: a nuclear non proliferation regime for the 21st century, Symposium (2011), *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, April.

Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart & Golden Bersagel, Annie (eds.) (2015), “Nuclear Weapons under International Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 97 No. 899, pp. 913–921.

Organismo Internacional de Energía Atómica. Página Oficial. <https://www.iaea.org/es/temas/zonas-libres-de-armas-nucleares>.

Pastor Ridruejo, José Antonio (1997), "El uso del arma nuclear y sus consecuencias humanitarias. La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados", *IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, coordinador Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Sevilla, pp. 81-87.

Pérez Salom, José Roberto (2002), "Derecho internacional, armas biológicas y verificación", Consuelo Ramón Chornet (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 199-236.

Pigrau i Solé, Antonio (2018), "El caso de las Islas Marshall: colonialismo, armas nucleares y justicia ambiental", *Anuario Español de Derecho Internacional*, No. 34, pp. 443-462.

Redick, John R. (1975), "Regional nuclear arms control in Latin America", *International Organization*, Vol. 29, No. 2, pp. 415-445.

Redick, John R. (1981), "The Tlatelolco regime and non proliferation in Latin America" *International Organization*, Vol. 35, No. 1, pp. 103-134.

Sauquillo, Francisca (1990), "Los 90: ¿La década del desarme? El Tratado de Prohibición total de ensayos nucleares", *Tiempo de paz*, No. 17-18, pp. 99-101.

Szasz, Paul C. (2004), "The International Law Concerning Weapons of Mass Destruction" in Sohail Hashmi y Steve P. Lee (eds.), *Ethics and Weapons of Mass Destruction: Religious and Secular Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 43-70.

Szurek, Sandra (1996), "De Rarotonga à Bangkok et Pelindaba. Note sur les traités constitutifs de nouvelles zones exemptes d'armes nucléaires", *Annuaire Français de Droit International*, No. 42, pp. 164-186.

Tavernier, Paul (1996), "L'adoption du traité d'interdiction complète des essais nucléaires", *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 42, pp. 118-136.

Terry, Patrick C.R. & Openshaw, Karen S. (2014), "Nuclear Non-Proliferation and "Preventive Self-Defence": Why Attacking Iran Would Be Illegal", *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien De Droit International*, 51, pp. 165-215.

Wilson, Ward (2008), "The myth of nuclear deterrence", *Non proliferation Review*, Vol. 15, No. 3, November, pp. 421-439.