

# EL DICTAMEN CONSULTIVO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA LICITUD DEL ARMA NUCLEAR

José Luis Rodríguez-Villasante Prieto  
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado,  
Auditor Presidente del Tribunal Militar Central.  
Director del C.E.D.I.H. (Cruz Roja).*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SOMETIMIENTO DEL ARMA NUCLEAR A LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL.—III. LA AUSENCIA DE UNA PROHIBICIÓN UNIVERSAL Y COMPLETA DEL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES.—IV. LA UTILIZACIÓN DEL ARMA NUCLEAR Y EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS. A. El Derecho de la guerra. 1. Consideraciones generales. 2 La Declaración de San Petersburgo. 3. El Reglamento sobre Leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya (1899-1907). 4. El Protocolo de Ginebra de 1925. 5. La cláusula Martens. 6. La Convención de 1980 sobre armas convencionales. 7. Los Convenios sobre armas biológicas de 1972 y armas químicas de 1993. 8. Los Convenios internacionales para la protección de los Derechos Humanos. 9 La prohibición del genocidio. 10. Conclusiones críticas. B. El Derecho Internacional Humanitario. 1. Determinaciones previas. 2. El Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y el empleo del arma nuclear. C. La utilización de las armas nucleares y el derecho de la neutralidad.—V. CONCLUSIONES. A. Desde el punto de vista doctrinal. B. El difícil equilibrio del Dictamen Consultivo del Tribunal Internacional de Justicia: ¿Confirmación del reglamento de un club de suicidas?

## I. INTRODUCCIÓN

Quizás sea acertado comenzar este trabajo con la cita, una vez despedada de la hipérbole, de M. Koroma (1) que considera la cuestión sobre «la

---

(1) M. Koroma, opinión disidente formulada al Dictamen Consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre «La licitud del recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares». Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non Official pour Publication Inmediate», nº 96/23, p. 10.

amenaza o empleo de armas nucleares» como el problema más importante que se presenta hoy a la humanidad. Y ello porque, como escribió G.E. do Nascimento e Silva, el problema más crucial con que se enfrenta la comunidad internacional reside en el peligro de una guerra nuclear (2). Aún más: el verdadero mal reside no en el uso de las armas, sino en su misma posesión (3) o existencia.

Incluso se ha llegado a predecir que la combinación de falibilidad humana y armas nucleares llevará inevitablemente a la destrucción nuclear. Por ello, en la medida que sea alcanzable, debemos procurar volver a un mundo no nuclear (Robert S. McNamara, Ex-Secretario de Defensa de EE.UU.).

Es evidente que hoy una guerra nuclear, pese a los esfuerzos por limitar sus efectos, podría conducir a la destrucción de la humanidad o —cuanto menos— producir consecuencias catastróficas para buena parte de nuestra civilización. Por eso pudo decir M. Pérez González (4) que para el jurista es inexcusable plantearse la cuestión de la licitud o ilicitud del recurso al arma nuclear (e incluso de su posesión) desde el punto de vista del derecho de gentes, enriquecido hoy con la prohibición general de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (art. 2.4. de la Carta de las Naciones Unidas).

H. Meyrowitz (5) se pregunta por qué las armas nucleares son un problema para el Derecho de la Guerra, respondiendo que tal armamento tiene una naturaleza radicalmente diferente a los medios de destrucción clásicos regulados por el derecho tradicional de la guerra. Ello ha llevado a algunos autores a la rechazable conclusión de que la profunda alteridad

---

(2) B.E. DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação nuclear e o Direito internacional», p. 877.

(3) Roger FISHER, «Enforcement of Disarmament», Proceedings of the American Society of International Law, 1962.

(4) Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme en la era nuclear: Datos jurídico-políticos», en «Anuario Jurídico», X, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p.360. Ver también el trabajo inédito de Eduardo MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas sobre la guerra A.B.Q. (atómica, biológica y química) y su influencia en la logística», Tesis presentada en la Escuela Superior del Ejército, Escuela de Mandos Superiores, Diciembre de 1985. Enrique JIMÉNEZ ASEÑO, «Crimen y castigo de la devastación atómica o de la guerra ABC», en Revista Española de Derecho Militar (REDEM) nº 9, Enero-Junio 1960. Leandro RUBIO GARCÍA, «La guerra nuclear: Moral, derecho y política de la época atómica», en la REDEM, nº 20, Jul-Dic-1965.

(5) Henri MEYROWITZ, «Les armes nucléaires et le Droit de la guerre», en «Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead», Essays in Honor of Frits Kalshoven, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1991, pp. 297 y ss.

de las armas nucleares, su esencia, sus desproporcionados efectos destructores y los intereses en juego en una guerra nuclear, colocan estas armas fuera del ámbito de aplicación del derecho. Más que un problema antijurídico sería una cuestión metajurídica, donde tienen la palabra — muchas veces para desorientar a los juristas— los militares, politólogos, estrategas, filósofos, moralistas o especialistas en relaciones internacionales.

Desde antiguo algunos autores (Quincy Wright y Paul de Visscher en 1959) propusieron abandonar la regulación de la guerra total en que hubieran de emplearse armas termonucleares, postura que fue enérgicamente rechazada por J.A. Pastor Ridruejo (6) quien razonó que, desde el momento en que la guerra total cobra un cierto sentido en relación con el bien común de la comunidad internacional, son posibles juicios de valor éticos y jurídicos sobre ella, de forma que la guerra total debe ser regulada pues no hay que olvidar que los juicios de valor positivados por los poderes normativos tienen más posibilidades de eficacia que los que presentan una simple validez ética.

El 5 de septiembre de 1945, unos días después del empleo por primera vez (y esperemos que última) de la bomba atómica que destruyó Hiroshima y Nagasaki, el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) (7) dirigió una Circular a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja, bajo el título «El fin de las hostilidades y las futuras tareas de la Cruz Roja». En ella, de forma realista pero llena de pesimismo, se afirmaba la profunda modificación del Derecho internacional en su expresión clásica recogida en los Convenios de Ginebra y de la Haya: «Se ve sobre todo que, a causa de los progresos de la aviación y de los efectos siempre mayores de los bombardeos, las discriminaciones hechas hasta entonces respecto a categorías de personas que deberían gozar de una protección especial —principalmente la población civil respecto a las fuerzas armadas— se vuelven prácticamente inaplicables». En cuanto a la nueva arma atómica, se preguntaba el C.I.C.R. sobre la esperanza de ver a las Potencias renunciar totalmente a la misma, tenerla en reserva como última garantía contra la guerra y como medio de salvaguardar un orden justo. La guerra totalitaria, finaliza el documento, puede significar el

---

(6) José Antonio PASTOR RIDRUEJO, «El derecho actual y de la guerra y sus perspectivas», en «Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra», Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, Valladolid, 1961, p. 269. Ver también, del mismo autor: «La protección a la población civil en tiempo de guerra», Zaragoza, 1959, pp. 227-301.

(7) Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 136, Julio-Agosto 1996, pp. 538 y 539.

derrumbamiento de los principios en que se basa el Derecho internacional que tiende a la protección física y espiritual de la persona. «Y si se niega a la persona humana su valor y su dignidad, la guerra irá irresistiblemente a destrucciones sin fin, ya que el espíritu del hombre, que se apodera de las fuerzas del universo, parece, por sus creaciones, acelerar ese impulso devastador».

No es necesario insistir en el universal desastre que supondría una guerra nuclear, el peligro de la escalada atómica y la dificultad de limitar sus efectos, por lo que existe —como escribe G.E. do Nascimento (8) — una condena por la opinión pública mundial. Una verdadera «*opinio iuris*» al respecto que se ha concretado en el Principio 26 de la Declaración sobre el Medio Ambiente de 1972, donde se afirma que «El hombre y su ambiente deben ser protegidos de los efectos de las armas nucleares y de todos los demás medios de destrucción masiva. Los Estados deben esforzarse para alcanzar rápidamente en los organismos internacionales competentes, un acuerdo relativo a la eliminación y a la destrucción de tales armas». Sin embargo, no existe un tratado de ámbito mundial que condene o prohíba expresamente el uso militar de la energía nuclear, pues a excepción del Tratado de Tlatelolco (sólo aplicable en Iberoamérica), no se proscribe el empleo de armas atómicas, sino —por el contrario— se parte de la no-ilicitud, en si misma, del recurso a tales armas (9).

Hemos de partir, con H. Meyrowitz (10), del reconocimiento de que el arma nuclear no es un arma como las restantes y que lo que la diferencia de las armas clásicas reguladas por el Derecho de la guerra en su utilización (medios y modos de hostilizar en la conducción del conflicto armado) no es simplemente una distinción cuantitativa en relación con la potencia destructora del arma, sino una diferencia en su misma naturaleza. El problema es que, no obstante, el derecho internacional no regula especialmente el empleo del arma atómica o nuclear y, por tanto, no toma en consideración la expresada diferencia cualitativa con las armas clásicas, cuya regulación —en principio— le es aplicable.

---

(8) G.E. DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação nuclear...», ob. cit. p. 886.

(9) G.E. DO NASCIMENTO, «A proliferação nuclear...», ob. cit. p. 879. H. Meyrowitz, «Les armes nucléaires et le Droit de la Guerre», ob. cit. p. 299.

(10) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...» ob. cit. p. 325.

## II. EL SOMETIMIENTO DEL ARMA NUCLEAR A LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

H. Meyrowitz (11) expone críticamente, con citas de sus defensores incluso en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la tesis de la falta de competencia del Derecho de la Guerra e incluso — en general— del derecho para regular las armas nucleares. Tal incompetencia, para algunos autores (12) tiene naturaleza esencialmente política y tal condición del armamento atómico sirve también para objetar la competencia del «ius in bello» en esta materia, pues si las armas nucleares son por esencia armas políticas: el uso conforme a su naturaleza consiste en la disuasión, es decir en su «no empleo» efectivo. Se excluye así, para esta parte de la doctrina, toda referencia a las limitaciones y prohibiciones impuestas por el Derecho internacional.

Con razón H. Meyrowitz (13) califica esta argumentación de dogma pseudo-jurídico, bajo el que se esconde la primacía del «ius ad bellum» sobre el «ius in bello», pues esta rechazable tesis llega a sostener —bajo la cobertura del pragmatismo— que, siendo el mantenimiento de la paz, el primer e imperativo objeto del Derecho internacional, las armas nucleares cumplen por si mismas una función cuasi-normativa.

Otros razonamientos utilizados para afirmar la falta de competencia del Derecho de los conflictos armados para regular las armas nucleares, consisten en destacar que el Derecho de la guerra clásico fue establecido para reglamentar unos presupuestos fácticos (guerra convencional) y, por tanto, se adapta a la medida de su poder de destrucción. Aspectos que nada tienen que ver con el empleo de las armas nucleares que no es imaginable mas que para la defensa ante un desastre total, por lo que excede del poder regulador del derecho. H. Meyrowitz (14) refuta ambos argumentos demostrando en su obra que existe en el derecho positivo un estatuto de las armas nucleares según el «ius in bello», estatuto que se impone a las potencias nucleares y que no ha sido objetado por ellas. Sin embargo, debemos reconocer que la discusión ha jugado un decisivo papel en la

---

(11) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires et le Droit de la Guerre», ob. cit. p. 299. Cita este autor la opinión de Quentin-Baxter y Reuter ('El uso de armas nucleares escapa desgraciadamente al derecho», «Comptes rendus de la 38c session», I Annuaire de la CDI (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas) 35. parágrafos 1 y 4 (1984).

(12) Cita a los siguientes autores: Sir I. SINCLAIR, Mc CAFFREY, E. GIRAUD y A. Freeman (H. MEYROWITZ, *Les armes nucleaires...*), ob. cit. p. 299).

(13) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires ...», ob. cit. p. 300.

(14) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires ...», ob. cit. pp. 300 y 325.

regulación (o falta de reglamentación específica) del estatuto de las armas nucleares según el Derecho de los conflictos armados. En todo caso, la conclusión de este autor es que el Derecho internacional vigente somete el empleo de las armas nucleares a reglas que establecen estrechos límites que se sitúan muy por debajo de su potencialidad.

Licitud o ilicitud de la guerra nuclear y conciencia es la cuestión que se planteó en su día L. Rubio García (15), examinando la postura de teólogos, moralistas y filósofos sobre el recurso a la guerra atómica, analizando la posición de la Iglesia Católica y destacando la falta de unanimidad de la doctrina internacionalista. Añade, con una cita de Arnold Toynbee, que el arma nuclear es un arma nueva cuyo poder de destrucción establece una diferencia, no ya de grado, sino de naturaleza: la alternativa a la abolición de la guerra es la destrucción de la especie humana. Recuerda Rubio García que Menzel (16) admitirá que únicamente en caso de ataque atómico puede el Estado víctima acudir a un contragolpe atómico para preservar su existencia nacional. Ni la «necesidad» militar ni la doctrina de las represalias justifican el empleo de armas atómicas por su desproporción.

Para Jiménez Asenjo (17) la solución debe venir de la mano del derecho, a la vez que en la necesidad de creer en el poder ilimitado de la inteligencia del hombre, tanto para el bien como para el mal. Más modernamente, el Catecismo de la Iglesia Católica (18) somete la legítima defensa mediante la fuerza militar a la condición de que el empleo de las armas no entrañe males y desórdenes más graves que el mal que se pretende eliminar y «El poder de los medios modernos de destrucción obliga a una prudencia extrema en la apreciación de esta condición». La Iglesia y la razón humana, se dice, declaran la validez permanente de la ley moral durante los conflictos armados. Se condena expresamente toda acción bélica que tiende indiscriminadamente a la destrucción de ciudades enteras o de amplias regiones con sus habitantes, señalando que un riesgo de la guerra moderna consiste en facilitar a los que poseen armas nucleares la ocasión de cometer semejantes crímenes.

---

(15) Leandro RUBIO GARCÍA, «La guerra nuclear: Moral, derecho y política en la época atómica», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 20, jul-dic. 1965, pp. 9-34, particularmente pp. 10 a 12, 23 y 24.

(16) E. MENZEL, «Legalität oder Illegalität der Anwendung von Atomwaffen», Tubinga, Mohr (Paul-Siebek), 1960.

(17) Enrique JIMÉNEZ ASEÑO, «Crimen y castigo de la devastación atómica y de la guerra», *Revista Española de Derecho Militar* núm. 9, en-jun. 1960, pp. 53-80.

(18) «Catecismo de la Iglesia Católica», Asociación de Editores del Catecismo, Madrid 1992, pp. 507 y 508 (particularmente: apartados 2309, 2312 y 2314).

En los Comentarios a los Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra, la postura oficiosa del C.I.C.R fue crítica con la posición doctrinal que sostiene que las armas nucleares están «fuera» del Derecho Internacional Humanitario, es decir que cuando los conflictos armados se desenvuelven con medios clásicos estarían sometidos al Derecho I. Humanitario, mientras que no lo estarían si se desarrollan con armas nucleares (19). Por su parte, había escrito J. Pictet (20) que la urgencia de una reglamentación completa y precisa relativa al empleo de la energía nuclear con finalidad bélica sigue siendo sumamente apremiante, añadiendo que los principios generales del derecho humanitario son plenamente aplicables a esta forma de guerra si los aprendices de brujo asumen, sin percatarse de sus incalculables consecuencias, la formidable responsabilidad de recurrir a ella.

Agudamente había escrito M. Pérez González (21) que el jurista debe valorar la cuestión del uso eventual del arma nuclear a la luz del derecho, teniendo en cuenta dos aspectos: el plano del derecho de la guerra o de los conflictos armados y, por otro lado, la amenaza de uso que entraña la existencia de armas de destrucción masiva trasladado el plano del desarme. Para este autor, ciertamente, parecería ilógico que este nuevo medio bélico, de efectos mucho más devastadores que otros formalmente prohibidos por el «ius in bello», pudiera sustraerse a la condena de las reglas del derecho.

Y, en el mismo sentido, Stanislav E. Nahlik (22) razona que, si existen normas convencionales de Derecho internacional que prohíben el uso de medios cuyos efectos se asimilan a los de las armas nucleares, sería absurdo que éstas, más nocivas, quedaran fuera de las prohibiciones por el mero hecho de su invención posterior.

Es sintomático que en la Resolución 49/75 K, por la que se pide al Tribunal Internacional de Justicia un Dictamen consultivo sobre «La solicitud del recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares», la Asamblea General de las Naciones Unidas ha creído necesario recordar que, convencida de la necesidad de reforzar el imperio del Derecho en las

---

(19) Claude PILLOUD y Jean de PREUX, «Comentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949», C.I.C.R., Genève, 1986, p. 605.

(20) Jean PICTET, «Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario», Instituto Henry Dunant, Ginebra 1986, p. 67.

(21) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme en la era nuclear...», ob. cit. pp. 359 y 360.

(22) S.E. NAHLIK, «Arme atomique et droit international», Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 23-4-1971, Lección multicopiada, pp. 15 y 17.

relaciones internacionales, ha declarado al período 1990-1999 como Década de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, al tiempo que enumera las Resoluciones de la misma Asamblea que han declarado que el uso de armas nucleares constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen contra la Humanidad.

Ciertamente el T.I.J. en su Dictamen consultivo de 8 de julio de 1996 («La licitud del recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares») consideró que se trataba de una «cuestión jurídica» en el sentido de su Estatuto y de la Carta de las Naciones Unidas. Para lo que a nosotros interesa, cabe destacar que —ante la cuestión formulada— «El Tribunal debe determinar los principios y normas existentes, interpretarlos y aplicarlos a la amenaza o al uso de armas nucleares, y así dar a la cuestión objeto de consulta una respuesta basada en el derecho». El hecho de que esta cuestión revista también aspectos políticos no es suficiente para privarle de su carácter de «cuestión jurídica», pues cualesquiera que sean los aspectos políticos del problema, el Tribunal no podría rechazar el carácter jurídico de la cuestión que le invita a ejercer una función esencialmente judicial: «La apreciación de la licitud del comportamiento eventual de los Estados respecto de las obligaciones que les impone el Derecho internacional.

Por otra parte, el Tribunal tomó buena nota de que los Estados poseedores de armas nucleares que han comparecido ante la Corte, aceptaron o no pusieron en cuestión que su libertad de acción se halla restringida por los principios y normas del Derecho Internacional, y particularmente del Derecho Humanitario. De forma que ninguna de las exposiciones presentadas ante la Corte (Federación de Rusia, Reino Unido, Estado Unidos de América) ha postulado una libertad de recurso a las armas nucleares sin tener en cuenta los límites humanitarios, las reglas aplicables a los conflictos armados (medios y métodos de combate), el Derecho consuetudinario de los conflictos armados, los principios generales del «ius in bello» o el Derecho de los conflictos armados regulador de las armas nucleares.

En definitiva el T.I.J. comparte la opinión mayoritaria de los Estados y doctrina de que el Derecho Humanitario es aplicable a las armas nucleares, pese a que las Conferencias de 1949 y de 1974-1977 no trataron estas armas y de la existencia de diferencias cualitativas y cuantitativas entre las armas nucleares y todas las armas convencionales. En general, «el Derecho Internacional Humanitario se ocupa de la amenaza o uso de armas nucleares como hace respecto de otras armas», pues afirmar lo contrario desconocería la naturaleza intrínsecamente humanitaria de los principios jurídicos en juego, que impregna todo el Derecho de los conflictos

armados y se aplica a todas las formas de hacer la guerra y a todas las armas: las del pasado, las del presente y las del futuro. Y ha de tenerse en cuenta que —según este Dictamen consultivo— el Derecho Internacional Humanitario ha evolucionado para adecuarse a las circunstancias contemporáneas y su aplicación no se limita a las armas de tiempos pasados. Ejemplos recientes son las limitaciones o prohibiciones de las armas biológicas, químicas, incendiarias, minas antipersonal, técnicas de modificación ambiental, incendiarias, proyectiles no detectables en el cuerpo humano mediante rayos X o armas que causan ceguera.

En el primer comentario publicado en la Revista Internacional de la Cruz Roja, órgano oficioso del pensamiento del Comité Internacional de la Cruz Roja, en relación con el Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 (23), la Revista destaca que la Corte hizo constar unánimamente que todo uso del arma nuclear debería avenirse con las normas y los imperativos del derecho internacional humanitario: El Tribunal —se concluye— confirma que ésta arma no está por encima de la Ley.

Y, en efecto, en el apartado D de tal Dictamen Consultivo, el Tribunal Internacional —por unanimidad— declara que: «El recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares también deberá ser compatible con los requisitos del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, en particular con los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario, así como con las obligaciones específicas que se desprenden de instrumentos convencionales o de otros compromisos que se ocupen expresamente de las armas nucleares».

### III. LA AUSENCIA DE UNA PROHIBICIÓN UNIVERSAL Y COMPLETA DEL EMPLEO DE ARMAS NUCLEARES

Es indudable el grado de incertidumbre que, tanto doctrinal como convencionalmente, existe sobre la legalidad o ilegalidad —en definitiva sobre el estatuto jurídico o ausencia de normas aplicables— del empleo de armas nucleares como tales en caso de conflicto armado. Y la cuestión se complica cuando aparece el problema de la «disuasión» nuclear, cuestión que pertenece al «ius ad bellum» pero que incide en el «ius in bello» (Derecho de los conflictos armados y, más concretamente, Derecho Internacional Humanitario).

---

(23) Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 136, Julio-Agosto de 1996, p. 537.

Para algunos autores, como Ch. Rousseau (24), no existe ninguna disposición jurídica que prohíba de forma general la producción, posesión o empleo de armas nucleares, fuera de la prohibición de ensayos nucleares con fines militares derivada del Tratado de Moscú de 5 de agosto de 1963. Y a la misma conclusión llega P. Verri (25) que sostiene la inexistencia de una prohibición general, aunque detalla algunas prohibiciones locales particulares. La prohibición efectiva de la producción de la bomba atómica sería en si misma, para Lauterpacht (26), una manifestación de un progreso significativo en la integración de la sociedad internacional, pero —entretanto— para el autor puede ser dudoso si la condena y renuncia del uso del arma atómica constituiría un beneficio para el Derecho Internacional, a menos que se prohibiera y controlara la producción de armas atómicas.

Con realismo escribe Arrassen (27) que son casi insuperables las dificultades existentes para la regulación de esta categoría de armas, porque presentan una serie de problemas nuevos que no afectan únicamente a las reglas sobre el empleo de las armas, sino en tiempo de paz a la relación de fuerzas entre las potencias mundiales por razón de la función que cumplen las armas nucleares consistente en mantener la paz mediante el «equilibrio del terror».

Contribuyen ciertamente a éste estado anímico y problemático varios procesos simultáneos que se desarrollan en la llamada Comunidad Internacional. *En primer lugar*, la confusión permanente entre las normas —convencionales, consuetudinarias y hasta constitucionales en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas— que regulan el «ius ad bellum» y el «ius in bello», que conduce a elaborar construcciones doctrinales basadas en interpretaciones que ignoran tan fundamental distinción en relación con el empleo de las armas nucleares.

*En segundo término*, el intento de relativizar las reiteradas condenas del empleo de las armas nucleares, basado en su ilicitud como violación de la Carta de las Naciones Unidas y crimen contra la humanidad, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se trata de las siguientes: Resolución.1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961, 33/71 B

---

(24) Ch. Rousseau, «Le Droit des conflits armes», Ed. Pedone, Paris, 1993 p. 127.

(25) P. VERRI, «Dizionario di Diritto Internazionale dei Conflitti armati», Raseegna dell'Arma dei Carabinieri, Roma 1984, p. 10.

(26) H. LAUTERPACHT en la obra de L. OPPENHEIM, «Tratado de Derecho Internacional Público», Tomo II, Vol. I, Traducción de A. Marín López, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1966, p. 357.

(27) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités droit les Conflits armés et désarmement» Bruxelles, 1986, p. 461.

de 14 de diciembre de 1978, 34/836 de 11 de diciembre de 1979, 35/152 D de 12 de diciembre de 1980, 36/921 de 9 de diciembre de 1984, 49/59 B de 4 de diciembre de 1990 y 46/37 D de 6 de diciembre de 1991.

Se aduce, por una parte, que las Resoluciones de la Asamblea General carecen de obligatoriedad jurídica, aunque —a veces— pueden tener valor normativo. Por otra, que tales resoluciones no han obtenido la aprobación de ninguno de los Estados poseedores de armas nucleares y que tampoco han suscitado una aceptación universal. En este sentido, H. Meyrowitz (28) destaca el contraste entre la ligereza con que la mayoría de la Asamblea vota estas resoluciones y la ausencia de una elaboración de un Convenio de Derecho de la Guerra sobre la materia (como el Protocolo I Adicional de 1977). Finalmente, el propio Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996, después de plantearse la existencia de «*opinio iuris*» acerca de su carácter normativo (norma consuetudinaria) o respecto de una norma emergente (evolución progresiva de la «*opinio iuris*» necesaria para establecer la existencia de una nueva regla jurídica), a la vista del número importante de votos negativos y abstenciones, concluye que todavía no se ha llegado a establecer la existencia de una «*opinio iuris*» relativa a la ilicitud de la utilización de las armas nucleares (29). Concluye el referido Dictamen afirmando que

---

(28) H. MEYROWITZ cita en apoyo de sus tesis la Resolución 40/151F de 16 de diciembre de 1985, denominada «Convenio sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares», que reafirma la convicción de que cualquier forma de uso de tales armas constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen contra la humanidad y establece en su artículo 1º que los Estados Partes se obligan a no usar ni amenazar con el uso de armas nucleares en cualquier circunstancia. Precepto que, opina este autor, implica que sus autores no afirman que la utilización de armas nucleares está prohibida «*de lege lata*». Y el artículo 3º del Proyecto contradice —siempre según el autor— la tesis de la ilicitud del empleo de las armas nucleares según el derecho positivo, pues la mayoría (formada por los Estados no dotados de armas nucleares) reconoce que la definición del estatuto de las armas atómicas según el Derecho de la Guerra no es posible sin la conformidad de las cinco potencias nucleares (H. Meyrowitz, «*Les armes nucléaires...*», *ob. cit.* pp. 306 y 307). Por otra parte M. Pérez González opina que tales Resoluciones no dejan de traducir un grado apreciable de consenso en la sociedad internacional en pro de la proscripción de las armas nucleares, pudiendo contribuir la Asamblea General a «deslegitimar «los ingenios nucleares mediante progresivas medidas de reducción y control («Seguridad y desarme en la era nuclear...», pp.364 y 365).

(29) El Tribunal Internacional, por otra parte, constata que la Resolución 1653 (XVI) de 24-11-1961 de la Asamblea General, al proceder a la calificación jurídica de las armas nucleares, a determinar sus efectos y a aplicar Normas Generales de Derecho consuetudinario a tales armas en particular, indica que no existe una norma específica de Derecho consuetudinario que prohíba la utilización de las armas nucleares, pues en otro caso la Asamblea General podría simplemente haberse referido a ella y no habría necesitado emprender el ejercicio de calificación jurídica.

las continuas tensiones entre, por un lado, la «*opinio iuris*» emergente y, por otro, la todavía considerable adhesión a la práctica de la disuasión nuclear han impedido la aparición, como «*Lex lata*» de una norma consuetudinaria destinada a prohibir específicamente el uso de las armas nucleares.

*En tercer lugar*, contribuye a la indefinición del estatuto de las armas nucleares la práctica de los Estados que puede calificarse de ambigua y equívoca. H. Meyrowitz (30) sostiene que, desde el punto de vista del Derecho de la Guerra, los tratados multilaterales o bilaterales sobre el control de armamentos relativos a las armas nucleares demuestran que la práctica de los Estados parte de la no ilicitud del empleo de las armas nucleares. Y ya hemos visto como ni siquiera puede entenderse como práctica de los Estados las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que afirman la ilicitud de tales armas atómicas, deduciéndose de la Resolución 40/151 F —de forma implícita, según el citado autor— la no prohibición del empleo de las armas nucleares en cuanto tales.

Para el Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996 es un hecho manifiesto que un cierto número de Estados se adhirieron a la «política de disuasión nuclear» durante la mayor parte de la «guerra fría» y continúan manteniendo esta posición. En estas circunstancias, la Corte no estima que pueda pronunciarse sobre la existencia de una «*opinio iuris*», cuando —además— los miembros de la Comunidad internacional se encuentran profundamente divididos en torno a la cuestión de si el hecho de que no se haya recurrido a las armas nucleares durante los últimos cincuenta años constituye la expresión de la «*opinio iuris*».

Pero, dentro de la práctica de los Estados, es también relevante saber las reglas que establecen —naturalmente las potencias nucleares— sobre la utilización del armamento atómico, recogidos puntualmente en los Manuales Militares de Derecho de la Guerra o Reglamentaciones nacionales del Derecho de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario. M. Meyrowitz examina cuidadosamente el Manual del Ejército de los Estados Unidos de América FM 27-10, «*The Law of Land Warfare*», 1956 (que contiene una fórmula ambigua: No hay norma convencional o consuetudinaria que prohíba el uso de armas nucleares), el Manual de la Marina USA, «*Law of Naval Warfare*», 1955 (ante la ausencia de prohibición expresa, está permitido el uso de armas nucleares con-

---

(30) H. MEYROWITZ, «*Les armes nucleaires...*» ob. cit. p. 307.

tra combatientes y objetivos militares, sujeta a los principios que regulan todas las armas), el Manual del Ejército del Reino Unido «The Law of War on Land» de 1958 (que contiene curiosamente una cita de Oppenheim para apoyar la tesis de la ausencia de normas en esta materia, por lo que la utilización de armas nucleares se regula por las disposiciones generales dictadas para el uso de las demás armas. En ningún momento el gobierno británico ha expresado una opinión que contradiga lo establecido en el Manual) y el Reglamento HDv 100/600 «Rechts-grundlagen für die Truppenführung» (1975) de la República Federal de Alemania (Estado que carece de armas nucleares), que repite la doctrina expuesta en el Manual de la Marina americana y en el Manual Británico (parágrafos 614 a 615), de lo que se deduce la no prohibición del empleo de las armas nucleares en cuanto tales y su sumisión por el Derecho internacional de la guerra a las mismas limitaciones aplicables a los restantes medios de guerra utilizados hasta el presente (31).

El Manual para Comandantes (de la Marina de los Estados Unidos) sobre el Derecho aplicable a las Operaciones Navales, NWP-1-14 M. Edición 1995 (FMFM 1-10), en su Capítulo 10 relativo a las armas nucleares, químicas y biológicas, establece que «No existen normas en el derecho internacional consuetudinario o convencional que prohíban a los Estados el empleo de armas nucleares en conflictos armados. En ausencia de prohibición expresa, es lícito el uso de armas nucleares contra combatientes enemigos y otros objetivos militares. No obstante el uso de armas nucleares está sujeto a los siguientes principios: el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medidas para causar daño al enemigo no es ilimitado; está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal; debe distinguirse en todo momento entre combatientes y no combatientes, con objeto de brindar a ésta la máxima protección posible. En razón de un potencial destructivo la decisión de autorizar el uso de armas nucleares debe emanar del más alto nivel de gobierno. En el caso de los Estados Unidos, dicha atribución compete únicamente al Presidente» (32).

El Manual del Ministerio de Defensa de la República Federal de Alemania «Humanitarian Law in Armed Conflicts», por lo que se refiere a las armas nucleares dispone que el Derecho internacional vigente, no obstante, no contiene ninguna disposición expresa que prohíba claramente el empleo de armas nucleares, ni puede derivarse dicha prohibición del dere-

---

(31) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. pp. 307 a 309.

(32) Traducción no oficial efectuada por la Armada Argentina, 1997. Agradecemos esta valiosa aportación al Capitán de Fragata Auditor Dr. D. Roberto AUGUSTO MORENO.

cho convencional o consuetudinario (apartado 428). Las nuevas normas introducidas por el Protocolo I Adicional han sido establecidas con la intención de ser aplicadas a las armas convencionales sin tener en cuenta otras normas de derecho internacional aplicable a diferentes tipos de armas. En consecuencia aquellas no influyen, regulan o prohíben el empleo de las armas nucleares (apartado 430). La amenaza y el uso del arma nuclear está sometido al control político, que debe observar los principios de proporcionalidad, limitación de daños en el territorio del enemigo y limitación del riesgo de daños en territorio aliado (apartado 433), (33).

Por lo que se refiere a España la publicación del Estado Mayor del Ejército denominada «Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados», establece en su Tomo I (34) apartado 3.2.b. (empleo del arma nuclear) lo siguiente:

*«No existe en el Derecho Internacional ninguna disposición prohibiendo expresa y concretamente el empleo del arma nuclear, ni puede deducirse tal prohibición del derecho consuetudinario, es decir, de las prácticas y usos de la guerra que han llegado a tener fuerza obligatoria en la comunidad internacional».*

Las nuevas regulaciones introducidas por el Protocolo Adicional primero a los cuatro convenios de Ginebra, han sido establecidas con la intención de ser aplicadas a las armas convencionales. Por consiguiente no influyen, regulan o prohíben el uso del arma nuclear (declaración interpretativa española al ratificar el GPI en 1989).

El arma nuclear continúa desempeñando un papel esencial en la estrategia de disuasión de la OTAN para evitar la guerra. No puede descartarse ninguna circunstancia que pudiera hacer necesaria la represalia nuclear en respuesta a una acción militar.

El Derecho de los Conflictos Armados, sin embargo, establece los mismos límites genéricos que regulan el empleo de las armas convencionales: está prohibido hacer objeto de un ataque a la población civil y siempre debe distinguirse entre los combatientes y las personas civiles, a las que debe darse el máximo de protección».

---

(33) Se trata de la Publicación VR II 3, fechada en el mes de agosto de 1992, que lleva las siglas DSK VV 207320067, editado por el Ministerio Federal de Defensa de la República Federal de Alemania.

(34) Es la Publicación del EME identificada como OR7-004, de fecha 18 de marzo de 1996, aprobada por Resolución núm. 513/04054/96, de 18 de marzo, del Jefe del Estado Mayor del Ejército.

*El cuarto aspecto* que influye en el problema de la licitud del empleo de armas nucleares es la ratificación por numerosos Estados de Tratados relativos a la adquisición, producción y posesión de armas nucleares (tratados de no proliferación), al despliegue de armas nucleares y a los ensayos nucleares, sin que se haya adoptado ningún tratado que establezca una prohibición general del empleo de tales armas.

Apunta P.K. Menon (35) que hace algunos años que ha surgido el concepto de neutralización nuclear de ciertas regiones del mundo, la prohibición de experiencias nucleares y la no proliferación, de forma que parecen prometedores los esfuerzos de la comunidad internacional en materia de restricción del uso de armamento nuclear. Pese a que la doctrina clásica del Derecho internacional no aborda el problema de la limitación de las armas nucleares en tiempo de conflicto armado, el autor observa una creciente toma de conciencia de hecho de que el aumento del número de conflictos armados pone a nuestra civilización en peligro de verse borrada del mapa.

Por su parte Arrassen estudia con detalle en su conocida obra (36) el Tratado de No Proliferación de armas nucleares, examinando su constante fracaso desde el punto de vista militar que comprende la proliferación horizontal (zonas desnuclearizadas y garantías de seguridad), la proliferación vertical (verificación de la prohibición, grado de participación y explosiones nucleares pacíficas) y la proliferación oblicua, así como desde el punto de vista civil, concluyendo que solo un compromiso entre las potencias nucleares y los Estados no dotados del arma atómica podría constituir una solución viable.

En el citado Dictamen consultivo, después de estudiar con detalle el contenido del tratado de Tlatelolco de 14 de febrero de 1967 (relativo a la proscripción de las armas nucleares en América Latina), Tratado de Rarotonga de 6 de agosto de 1985 (que establece una zona desnuclearizada en el Pacífico Sur) y, especialmente, el Tratado sobre no proliferación de las armas nucleares de 1 de julio de 1968 y sucesivas prórrogas, acogido con satisfacción por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su Resolución 255 de 1968 (37), se examinó la polémica suscitada

---

(35) P.K. MENON, «Legal limits on the use of nuclear weapons in armed conflicts» en *Revue Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, Bruxelles, 1979-XVIII-1-2-, pp. 9 y ss.

(36) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...», *ob. cit.* pp. 462 a 489.

(37) Las cinco potencias nucleares por medio de declaraciones unilaterales (5 y 6 de abril de 1995), al prorrogarse en 1995 el tratado sobre no proliferación de armas nucleares de 1968, dieron a las demás partes garantías positivas y negativas de seguridad frente a una eventual utilización de tales armas. En primer lugar, a no utilizar armas nucleares

entre los Estados partidarios u opuestos a la legalidad de las armas nucleares sobre la interpretación de tales textos convencionales. Los Estados que estiman que el uso de las armas nucleares es ilegal, entienden que los Convenios citados establecen límites a la utilización de armas nucleares y testimonian la emergencia de una norma que jurídicamente prohíbe de forma absoluta todo uso de armas nucleares. Los Estados que mantienen la postura contraria destacan la contradicción lógica de tal conclusión, que no puede inferirse del tratado de no proliferación de armas nucleares de 1968, ni mucho menos de las Resoluciones 255 (1968) y 984 (1995) del Consejo de Seguridad, que toman nota con satisfacción de las garantías de seguridad dadas por las potencias nucleares a los Estados no poseedores de este tipo de armas en caso de una agresión nuclear contra éstos últimos. De forma que el Tribunal Internacional de Justicia concluye que los expresados tratados manifiestan la preocupación creciente que estas armas inspiren a la comunidad internacional y anuncian una futura prohibición general de la utilización de las citadas armas, pero, en sí mismos, no conllevan tal prohibición (38). Sin que se oponga a esta conclusión el hecho de que un cierto número de Estados se hayan comprometido a no utilizar armas nucleares en áreas específicas (América Latina, Pacífico Sur), ciertamente con la formulación de reservas por parte de Estados poseedores de armas nucleares (39).

*En quinto lugar*, no contribuye precisamente a clarificar la materia las opiniones encontradas de la doctrina, que se encuentra muy dividida respecto a la legalidad de la utilización del arma nuclear, en cuanto tal (40).

Ch. Rousseau (41), en efecto, constata la división doctrinal, aún cuando estima que la mayoría de los autores se pronuncian por la ilicitud del

---

contra Estados no poseedores que sean parte en el tratado de no proliferación. En segundo término, se comprometen las potencias nucleares —como miembros permanentes del Consejo de Seguridad— en caso de ataque con uso de armas nucleares o amenaza contra un Estado no poseedor de armas nucleares, a llevar el caso urgentemente al Consejo y actuar en su seno para adoptar las medidas necesarias para asistir al Estado víctima según la Carta. El Consejo de Seguridad, en su Resolución 984 (1995), de 11 de abril de 1995, adoptada por unanimidad, tomó nota con satisfacción de tales declaraciones.

(38) También H. MEYROWITZ ("Les armes nucléaires...", ob. cit. p. 299) estima que tales tratados no reafirman la prohibición del empleo de armas nucleares, sino que —al contrario— implican la no ilicitud, en sí misma, del recurso a tales armas.

(39) El Tribunal Internacional de Justicia, en el expresado Dictamen consultivo, tomó nota de la firma en Bangkok el 15 de diciembre de 1995 del Tratado sobre una zona desnuclearizada en el Sudeste Asiático, y el 11 de abril de 1996 en El Cairo de un Tratado que crea una zona desnuclearizada en África.

(40) E. MONTFALL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas sobre la guerra A.B.Q...», ob. cit. pp. 45 y ss.

(41) Ch. ROUSSEAU, «Le Droit des conflits...», ob. cit. p. 127.

empleo del arma nuclear y reconoce que un gran número lo acepta a título de represalias. Cita a Schwarzenberger que admite su utilización con carácter excepcional de legítima defensa, estado de necesidad, derecho de conservación, así como derecho de prevención contra una tentativa de dominación mundial.

También J. Pictet (42), después de reconocer que el empleo de la energía nuclear con finalidad bélica no está expresamente prohibido en los convenios del derecho humanitario y hasta ahora no ha sido posible reglamentarlo en un tratado general, considera que divergen las opiniones doctrinales y distingue —desde su particular punto de vista— entre las armas nucleares estratégicas y las armas nucleares tácticas.

Fernández Florez (43), tras exponer las diversas posturas doctrinales a favor o en contra de la prohibición, estima que no hay una prohibición expresa y concreta pero sí un «consenso» general en tal sentido, concluyendo que aunque se dan todas las características y circunstancias para estimar que el arma atómico-nuclear está prohibida, formalmente no hay un texto convencionalmente claro que así lo establezca.

En contra de la mayoría doctrinal, Lauterpacht (44) opina que, en tanto en cuanto la producción de la bomba atómica no haya sido impedida en la práctica por acuerdo y supervisión internacional, debe considerarse la posibilidad de que sea utilizada en casos que no impliquen una violación del derecho internacional. Así, la considera permitida como represalia por un uso anterior por el enemigo y sus aliados y, en segundo lugar, la justifica contra un enemigo que viola las reglas del Derecho de la guerra en una escala tan amplia que se coloca fuera de consideraciones de humanidad y compasión (instrumento disuasivo de castigo).

Más recientemente, Hans-Peter Gasser (45) considera que ni la fabricación, ni el almacenamiento, ni la utilización del arma nuclear no están prohibidas por normas de derecho internacional expresamente convenidas, de forma que no existe una verdadera interdicción de su uso. Pero ante la pregunta: ¿No se podría deducir una prohibición del arma nuclear en cuanto tal, o al menos de su utilización de las reglas generales del derecho internacional humanitario y particularmente de la prohibición de las

---

(42) Jean PICTET, «Desarrollo y principios...», ob. cit. pp. 66 y 67.

(43) José Luis FERNÁNDEZ FLORES, «Del Derecho de la Guerra», Ediciones Ejército, Madrid 1982, pp. 269 y 270.

(44) H. LAUTERPACHT, en la obra de L. OPPENHEIM, «Tratado de Derecho Internacional...», ob. cit. pp. 356 y 357.

(45) Hans-Peter GASSER, «Le Droit International Humanitaire. Introducción», Institut Henry Dunant, Haupt, 1993, pp. 64 y 65.

armas especialmente atroces o de la interdicción de los ataques indiscriminados? Reconoce el autor que las respuestas son muy diversas y ni los partidarios ni los adversarios de la teoría de la prohibición pueden apoyarse sobre una opinión predominante para sostener sus respectivas tesis.

H. Meyrowitz destaca que un cierto número de internacionalistas, americanos y europeos, afirma la ilegalidad «de lege lata» del empleo de las armas nucleares en cuanto tales (46), si bien precisa que la impresionante lista de autores que relaciona E. Menzel (47) es anterior al Protocolo I de 1977 y se pregunta si son representativos de la doctrina internacional de su época. En todo caso reconoce que, después del Protocolo de 1977 esta línea doctrinal sigue siendo mayoritaria.

En la obra de M. Díez de Velasco, Oriol Casanovas y La Rosa presenta tres posturas doctrinales que defienden las tesis siguientes (48):

1º La prohibición del empleo de las armas atómicas se funda sobre argumentos diversos como: La prohibición del uso o amenaza de la fuerza (Carta de las Naciones Unidas), las prohibiciones genéricas contenidas en textos convencionales, la asimilación al arma química, los textos que prescriben la protección del medio ambiente o la Cláusula Martens (49). 2º La licitud del empleo de las armas nucleares se basa en la legítima defensa, individual o colectiva, en las represalias, en la necesidad, en la autotutela o la prevención del dominio del mundo (50). 3º La condena del empleo de las armas nucleares, matizada al estimar más razonable la ile-

---

(46) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. pp. 303 y 304. Cita este autor a: A. Andries, F.A. Boyle, E. David, C. Swinarsky, I. Deter de Lupis, J.H.E. Fried, N. Grief, E.L. Meyrowitz, TH. Schweisfurth.

(47) E. MENZEL, «Atomwaffen und völkerrechtliches Kriegsrecht» («Las armas atómicas y el Derecho internacional de la guerra»), Abschreckung und Entspannung, 76 Veröffentlichungen des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, pp. 148 a 229, 1977. Se trata de una lista de autores que defienden la tesis de la ilegalidad del empleo (inicial) de las armas nucleares.

(48) Manuel Díez DE VELASCO, «Instituciones de Derecho Internacional público», Madrid 1983, Tomo I, 599.

(49) E. MONTULL LAVILLA («Consideraciones jurídicas y críticas sobre la Guerra A.B.Q...», ob. cit. p. 48) cita entre los defensores de esta postura doctrinal a J.L. FERNÁNDEZ FLORES, SHAWARZENBERGER, CASSAGNE SERRES, NAGENDRA SINGH, R.S. WILHELM, HANS HANG, EGBERT VON FRANKENBERG, STEFAN GLASER, A.E. GOTUEB y STANISLAW NAHLIK.

(50) M. PÉREZ GONZÁLEZ («Seguridad y desarme en la era nuclear...», ob. cit. p. 363) cita entre estos autores a VERDROSS, SKUBISZEWSKY y H. LAUTERPACHT quien, en las notas al «Tratado de derecho internacional público» de L. OPPENHEIM (Barcelona, 1966) estudia la legalidad del arma nuclear desde la óptica de los convenios vigentes sobre el uso de la violencia en la guerra, distinción entre combatientes y los principios de humanidad. Ver también, E. RAUCH, «El concetto di «necesità militare» nel Diritto di guerra», en Rassegna di Giustizia Militare, Año IV-n 1 Enero-Febrero 1-Enero-Febrero 1980, pp. 1 a 33.

galidad de su uso incluso en el caso de legítima defensa, al existir una desproporción entre el ataque y la respuesta, salvo que aquel fuera también nuclear (51), lo que viene a contradecir —en opinión de M. Pérez González (52)— la doctrina disuasoria basada en la amenaza de respuesta atómica a una eventual agresión convencional (first use).

Este mismo autor, después de citar a los destacados autores que se pronuncian —con base en el derecho consuetudinario o en el convencional o en ambos— sobre la ilegalidad del uso del arma nuclear (53), escribe que —pese a todo— se ha argüido por parte de un sector significado de la doctrina occidental, que el acervo normativo del derecho internacional en vigor no da pie para sostener su ilegalidad intrínseca (54).

Claude Pilloud (55), estudiando las diversas posiciones doctrinales con anterioridad a los Protocolos Adicionales de 1977, distingue tres posturas de los autores:

A) Las armas nucleares por su naturaleza y efectos se hallan prohibidas por el Derecho internacional y, por consiguiente, no les afectan reglamentaciones posteriores (como la establecida en los Protocolos de 1977). Es una postura ciertamente radical, pero mantenida por importantes internacionalistas (56).

B) Aún sin pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del empleo de las armas nucleares, cuanto menos su utilización está sometida a las limitaciones establecidas en el Derecho Internacional consuetudinario o convencional, como evidencian los Manuales de las Leyes y Costumbres de la Guerra de los Ejércitos Suizo y Británico (57).

---

(51) Antonio MARÍN LÓPEZ, «El desarme nuclear», Universidad de Granada, 1974, p. 31.

(52) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...» ob. cit. p. 364.

(53) Cita este autor a V.N. DURDENEVSKY, N. SINHG, J.M. SPAIGHT, E. MENZEL, S.E. NAHLIK y M. MEYROWITZ.

(54) Entre otros, A. FREEMAN (A.S.I.L., Proceedings of the 72 nd annual Meeting, 1978, pp. 49-50) y más cauteloso, en opinión del autor, STEIN.

(55) Claude PILLOUD, «Les Conventions de Génève de 1949 pour la protection des victimes de la guerre, les Protocoles additionnels de 1977 et les armes nucléaires», en «German Yearbook of International Law», 21, 1978.

(56) Charles ROUSSEAU («Le Droit des Conflits armés», ob. cit. p. 127), SCHWARZENBERGER («The legality of nuclear weapons», 1958), Hisakazu FUJITA («Reconsideration de L'affaire Shimoda, Analyse juridique du bombardement atomique de Hirohima et Nagasaki», en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Bruselas 1980-1-2), Henri MEYROWITZ («Buts de guerre et objectifs militaires», en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Bruselas 1983-1-2, Tomo XXII).

(57) Para MONTULL LAVILLA («Consideraciones jurídicas...», ob. cit. p. 50, en Nota 92) son genuinos portavoces de esta orientación que se inclinan por la licitud: LAUTERPACHT, Mc DOUGAL Y CHELEI, Milos RADOJKOVIC, M. AGENO, Freed BRIGHT, P.K.

C) La postura, que entonces se consideraba más numerosa, según la cual el problema de las armas atómicas va más allá de las normas del actual Derecho Humanitario y no puede ser regulado por éste, puesto que el empleo de tales armas crearía una situación en la que podría ser anulado el conjunto del Derecho Humanitario y nadie podría decir que reglas podrían ser aplicadas. Además un conflicto nuclear podría ser tan breve que no habría tiempo ni ocasión de aplicar las normas del «ius in bello» (58).

En este abigarrado panorama de posturas doctrinales, normas convencionales y consuetudinarias, posición divergente de los diversos órganos de las propias Naciones Unidas y práctica de los Estados, es necesario encontrar principios y distinciones que nos clarifiquen la materia, al menos desde un punto de vista jurídico. H. Meyrowitz (59) nos ofrece su tesis que se basa en la distinción y separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares, partiendo de que el derecho internacional positivo se abstiene de someter la disuasión a las limitaciones y prohibiciones impuestas por el «ius in bello» al empleo de las armas atómicas. De forma que el principio de distinción y separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de armas nucleares es el primer elemento del estatuto de las armas nucleares según el derecho internacional positivo. El autor elabora la teoría de los dos órdenes, considerando que la disuasión por su finalidad pertenece al «ius ad bellum» (o «ius contra bellum»). Añade Meyrowitz que esta aparente dicotomía normativa —aparente porque la disuasión se caracteriza precisamente por la ausencia de normas— consiste en la no prohibición del acto de amenazar con hacer lo que está prohibido realizar. La libertad que beneficia a la disuasión nuclear está basada en el reconocimiento de la necesidad fáctica y sobre la licitud de tal finalidad, de forma que la no ilicitud de la disuasión nuclear está limitada —en definitiva— por aquella finalidad. Naturalmente, el uso del armamento nuclear con el fin de chantaje (amenaza del uso de la fuerza según el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas) no estaría cubierto por la no ilicitud de la disuasión. Ahora bien, desde que la potencia que utiliza la disuasión se convierte en beligerante, sus actos deben justificarse según el «ius in bello». En este juego reside la importancia práctica del principio de distinción y de la separación normativa entre la disuasión y el empleo

---

MENON y ROGERS (citados por J.L. Fernández Flores en su obra «Del Derecho de la Guerra», Ed. Ejército, Madrid, 1982, p. 267).

(58) Leandro RUBIO GARCÍA, «Hacia un nuevo orden internacional», Tesis Doctoral (Madrid 1968) y «La Guerra nuclear: Moral, Derecho y política en la época atómica», en Revista Española de Derecho militar nº 20, Julio-Diciembre 1965.

(59) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. pp. 301 y 302.

de las armas nucleares: Los ataques efectuados con tales armas no deben estar predeterminados por las «amenazas» disuasorias.

En el mismo sentido Montull Lavilla (60) estima que el estatuto jurídico de las armas nucleares se basa en dos órdenes netamente distintos en Derecho: de un lado, en el Control de armamentos (61), desarme y disuasión y, de otro, el «ius in bello», donde —según el autor— el empleo de las armas nucleares no se halla prohibido «per se», si bien dicho empleo viene sometido a las prohibiciones y limitaciones generales impuestas por el Derecho internacional consuetudinario relativo a la elección de los objetivos militares y a las condiciones de los ataques. Siguiendo este razonamiento, el citado autor estima que la insólita característica de las armas nucleares estriba en que su existencia reina absolutamente en las relaciones internacionales en tiempo de paz y a escala mundial, concluyendo que las armas nucleares entran de lleno en el derecho de la Paz (control de armas, desarme, no proliferación y limitación de armamentos, disuasión recíproca) antes que en el Derecho de la Guerra.

La tesis expuesta, sin embargo, no deja de ofrecer reparos —sobre los que luego volveremos al estudiar el empleo de las armas nucleares desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario— pues, como afirma Pérez González (62), aún a falta de acuerdos generales que prohíban el uso de tales ingenios, existen reglas (humanitarias) expresivas de una conciencia general sobre la ética de conducción de la guerra que son de aplicación a las armas capaces de destrucciones en masa. Concluyendo que no podría afectar la exclusión de las armas nucleares del Protocolo I de 1977, aún razonando en el panorama de la disuasión, consistente ésta en la amenaza de recurrir a formas de uso de armas nucleares constitutivos de las más graves infracciones de las leyes de la Guerra. Y cita en apoyo de su tesis la opinión de P. Reuter: «La prohibición del uso de estas armas deberá llevar a la prohibición de la disuasión que está en la esencia de tal uso» (63).

---

(60) MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas...», ob. cit. pp. 52 y 53.

(61) Oriol CASANOVAS («Objetivos militares, métodos y medios de combate», en M. DIAZ DE VELASCO, «Instituciones de Derecho internacional público», Tomo I, Cap. XLV, Madrid 1980, pp. 581 y 582) ha escrito que, aún siendo posible e incluso necesario distinguir entre el desarme y el derecho de los conflictos armados, de hecho la apreciación de las necesidades militares desde la perspectiva del equilibrio de los armamentos y no sólo de los intereses humanitarios, tiende a desplazar la cuestión de la prohibición de ciertas armas al ámbito del desarme.

(62) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...» ob. cit. p. 365.

(63) P. REUTER, «Derecho Internacional Público» (Traducción de J. Puente), Barcelona 1978, p. 472.

El propio H. Meyrowitz (64) no ha dejado de criticar lo que llama la «aporía nuclear fundamental», pues si es imposible rechazar la disuasión, refutando la necesidad y la justificación: también es imposible, para el derecho y la moral, sancionar la ejecución de amenazas en las que se basa la disuasión.

Ahora bien, posteriormente, el propio H. Meyrowitz considera que el hiato jurídico entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares se encuentra en un principio perteneciente al Derecho de la Guerra: el principio de la «retroactividad» de las normas del «ius in bello» sobre la composición —en tiempo de paz o guerra— del arsenal de los Estados (65). El principio fue formulado en el artículo 36 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, de la forma siguiente:

*«Cuando una alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una arma nueva, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de Derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante».*

H. Meyrowitz considera aplicable esta norma a las armas nucleares (a pesar de que la expresión «arma nueva» parecería referirse a las que puedan existir en los arsenales a partir de 1977) e imperativa para todos los Estados, hayan o no ratificado el Protocolo I de 1977. La regla no prohíbe a un Estado poseer un arma cuyo empleo esté prohibido («en ciertas condiciones o en todas las circunstancias») pues la adquisición de tal armamento puede estar justificada por la noticia de su posesión por parte de un enemigo potencial de un mismo tipo de arma, o por la perspectiva del empleo eventual y lícito del arma en cuestión a título de represalias o de reciprocidad. Sin embargo, si un Estado posee un tipo de arma que, debido a sus características, no podría en ninguna circunstancia ser empleada inicialmente sin violar las reglas del derecho de la Guerra aplicables, la amenaza de recurrir explícitamente, en caso de guerra, a la utilización inicial de esta arma y prepararse a la vista de este uso prohibido, sería tan ilícito como la amenaza y la planificación para el empleo inicial de armas químicas biológicas. De forma que en esta retroactividad del «ius in bello» sobre los medios de disuasión consiste la reserva a los principios

---

(64) H. MEYROWITZ, «La stratégie nucléaire et le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949», en R.G. D.I.P., Tomo 83, 1979, 4, pp. 945-946.

(65) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. p. 302.

de distinción y de separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares (66).

No cabe duda que la distinción es clarificadora en el terreno práctico y político, pero ofrece algunos perfiles a la crítica desde el punto de vista estrictamente jurídico por su tendencia a derivar hacia un círculo vicioso y un cierto aire de argumentación sofista que puede conducir a justificar la política de disuasión nuclear al tiempo que se condena el empleo del arma nuclear —en todas las circunstancias— conforme al Derecho de los Conflictos Armados. O, lo que es peor, que se considere suficiente la remota pero posible existencia de un supuesto excepcional en que sería lícito el uso del arma nuclear, para estimar lícita una política basada en la amenaza de utilizar un arma normalmente contraria a los principios del Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte es cierto, como escribe CH. de Visscher (67), que los juristas deben apoyarse en leyes no escritas inspiradas por el respeto a los principios humanitarios, ajustando la realidad nuclear al derecho y no viceversa. Porque, como se pregunta M. Pérez González (68) ¿no se estará tratando de desplazar al terreno de la oportunidad (o de la justificación) política un problema que, sin dejar de ser político, es a la vez y sobre todo jurídico y como tal sujeto al veredicto del derecho?

El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el Dictamen consultivo de 8-7-1996 recuerda que no existe ninguna disposición específica de Derecho Internacional consuetudinario o convencional que autorice el recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares o de cualquier otro armamento, ni en general ni en circunstancias concretas, en particular en las relativas a la legítima defensa.

En consecuencia, el TIJ por unanimidad y en el apartado A de su Dictamen consultivo responde a la Asamblea General:

*«Ni el Derecho Internacional Convencional ni el Derecho Internacional consuetudinario autorizan específicamente el recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares».*

---

(66) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaire...», ob. cit. p. 303. Esta teoría de la dualidad parece acogida por el Reino Unido en su exposición escrita ante el T.I.J. cuando afirma que «la licitud del uso de armas nucleares debe ser evaluada teniendo en cuenta los principios aplicables del Derecho internacional relativos al recurso a la fuerza y los relativos a la conducción de las hostilidades, como es el caso de otros medios y métodos de combate» (Dictamen Consultivo del Tribunal Internacional de Justicia de 8-7-1996, Apartado 91).

(67) Ch. DE VISSCHER, «Teorías y realidades en Derecho internacional público», Barcelona 1962, pp. 325-326.

(68) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob. cit. p. 563.

Sigue razonando el TIJ que, sin embargo, tampoco existe en Derecho Internacional ningún principio ni norma que haga depender de una autorización específica la licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares o de cualquier otra arma. La práctica de los Estados muestra que la ilicitud de la utilización de determinadas armas no deriva de una ausencia de autorización, sino, por el contrario, se encuentra formulada en términos de prohibición. De esta argumentación la Corte extrae la conclusión que expresa en el apartado B de su Dictamen, que fue adoptada por una mayoría de once votos contra tres disidentes:

*«Ni el Derecho Internacional convencional ni el Derecho Internacional consuetudinario establecen una prohibición universal y completa de la amenaza o utilización de las armas nucleares como tales».*

Esta aseveración del Dictamen mereció, no obstante, tres importantes votos en contra y, desde luego, su formulación a pesar de ser tan matizada es una de las conclusiones controvertidas de la opinión del TIJ, al tratarse del fundamento imprescindible en que se apoya la, todavía más polémica, conclusión alcanzada en el apartado E del mismo Dictamen.

Tres Magistrados votaron en contra: Shahabuddeen, Weeramantry y Koroma.

La opinión disidente de M. Weeramantry se basa en su convicción de que la amenaza o el empleo de armas nucleares es ilícita en todas las circunstancias (69). Y ello porque la amenaza o el empleo de tales armas viola los principios fundamentales del derecho internacional y constituye la negación misma de las raíces humanitarias del Derecho humanitario, pues son contrarias al principio fundamental del valor y dignidad de la persona humana sobre los que reposa tal derecho y pone en peligro el medio ambiente de una manera que compromete la vida entera en el planeta.

Añade este Magistrado, en su voto particular, que si es verdad que no existe ningún tratado ni regla alguna jurídica que prohíba expresamente las armas nucleares en cuanto tales, de múltiples principios de derecho internacional —y en particular de Derecho internacional humanitario— no queda ninguna duda en cuanto a la ilicitud de las armas nucleares, cuando se consideran sus efectos conocidos.

---

(69) Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non officiel pour publication immediate», ob. cit. «Opinión disidente de M. Veeramantry», pp. 7, 8 y 9.

M. Veeramantry, después de razonar que ningún sistema jurídico creíble debe establecer una norma legitimando un acto susceptible de destruir la civilización de la que forma parte tal sistema jurídico, se refiere al manifiesto Russell-Einstein sobre el riesgo de una hecatombe universal y sostiene que el derecho internacional dispone de la gama necesaria de principios y podría contribuir considerablemente a disipar la sombra del hongo nuclear y anunciar una nueva etapa desnuclearizada. Consecuentemente, estima que el Tribunal habría debido de responder a la cuestión de una manera clara, convincente y categórica.

M. Koroma, en su voto disidente (70) estima, sobre la base del derecho existente, en particular del Derecho humanitario y de los elementos de que dispuso el Tribunal, que el empleo de armas nucleares supone en todas las circunstancias al menos una violación de los principios y normas de este derecho y es siempre ilícito.

Este Magistrado dibuja un cuadro del derecho que estima aplicable a la cuestión, analiza los elementos de prueba y llega a la conclusión de que no es convincente el pronunciamiento según el cual —a la vista del estado actual del Derecho internacional— la Corte no puede afirmar la ilicitud del empleo de las armas nucleares. M. Koroma entiende, por el contrario, que existe un derecho sustancial, abundante y preciso en la materia y que el argumento relativo a sus pretendidas lagunas no se encuentra enteramente acreditado.

Poco aporta al debate la opinión disidente del tercer Magistrado —M. Shahabuddeen— que votó en contra de este apartado del Dictamen. Su voto particular se limita a lamentar que el Tribunal, habiendo podido hacerlo, no hubiera dado una respuesta clara, en un sentido o en otro (71). Se pregunta el Juez discrepante si es posible conciliar, de una parte, la necesidad imperativa de un Estado a defenderse y, de otro lado, la necesidad no menos imperativa de asegurar que no se pondrá en riesgo la supervivencia del género humano. Si tal conciliación no es posible ¿cual debe prevalecer? Aunque reconoce la dificultad de la cuestión, M. Shahabuddeen expresa la obligación del Tribunal de responder y, por su parte, no está convencido de la existencia de dificultades jurídicas o prácticas que puedan impedir a la Corte dar una respuesta clara al problema planteado por la Asamblea General.

---

(70) Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non official pour publication immediate», ob. cit. pp. 9 y 10.

(71) Ver «Court Internationale de Justice. Communiqué non official pour publication immediate», ob. cit. «Opinión disidente de M. SHAHABUDDEN», p. 7

A pesar de estos argumentos de los Magistrados disidentes, que —por lo que se refiere al voto contrario al apartado B del Dictamen— utilizan razonamientos excesivamente abstractos, ambiguos y metajurídicos, parece aceptable la conclusión alcanzada por el T.I.J. (por la amplia mayoría de once votos contra tres) basada —no lo olvidemos— en el estado actual del Derecho Internacional convencional y consuetudinario. Otra cosa es, desde luego, que «de lege ferenda» no sea satisfactorio constatar que el derecho vigente no haya logrado establecer una prohibición universal y completa de la amenaza o utilización de las armas nucleares como tales. Hemos examinado, en esta parte de nuestro estudio, sucesivamente —para tratar de clarificar la cuestión— la permanente confusión entre las normas internacionales que regulan el «ius ad bellum» y el «ius in bello», el valor relativo de las reiteradas condenas del empleo de las armas nucleares por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la ambigua y equívoca práctica de los Estados, la ratificación por numerosos Estados de Tratados relativos a la adquisición, producción, posesión, despliegue y ensayos de armas nucleares y las opiniones encontradas de la doctrina, con la exposición y crítica de la teoría de los dos órdenes («la aporía nuclear fundamental») basada en la distinción y separación normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares apoyada (H. Meyrowitz) en la tesis de la «retroactividad» del «ius in bello» sobre los medios de disuasión nuclear. Es verdad que tal doctrina no puede llevarnos a justificar simultáneamente la política de amenaza nuclear (la disuasión) y a condenar el empleo del arma nuclear en todas las circunstancias, según el Derecho de los Conflictos armados (particularmente por el Derecho Internacional Humanitario), pero este argumento —lleno de racionalidad y humanidad— no puede colmar la laguna actualmente existente en el Derecho internacional ni dejar de constatar —como hace el Tribunal Internacional de Justicia— la diferencia entre la existencia de una «opinio iuris» emergente en parte de la Comunidad internacional y la ausencia de una norma específica (convencional o consuetudinaria) que prohíba la amenaza o utilización de las armas nucleares como tales.

Ciertamente hubiera sido más exacta la formulación del apartado B del Dictamen consultivo del T.I.J. si a los adjetivos «universal» y «completa», que matizan la ausencia de una prohibición de la amenaza o utilización de las armas nucleares en cuanto tales, se hubiera añadido el de «expresa». De forma, que la ausencia de una prohibición de la amenaza o utilización de las armas nucleares se debe matizar de la forma siguiente:

- A. No existe una prohibición universal.
- B. No existe una prohibición completa.
- C. No existe una prohibición expresa.
- D. La ausencia de prohibición se refiere sólo a las armas nucleares en cuanto tales.

E. La ausencia de prohibición viene exclusivamente referida al Derecho Internacional convencional o consuetudinario.

Con tales limitaciones se trata de compatibilizar esta afirmación del apartado B del Dictamen consultivo del T.I.J. con el contenido del controvertido apartado E de la misma opinión consultiva:

*«De las exigencias anteriores se desprende que la amenaza o la utilización de las armas nucleares generalmente será contraria al Derecho internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas del Derecho Humanitario».*

Es evidente que si —hipotéticamente— se suprime el adverbio «generalmente» y se afirma que «la amenaza o la utilización de las armas nucleares es contraria al Derecho internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas del Derecho Humanitario», quedaría en entredicho la afirmación de la Corte sobre la ausencia de una prohibición universal y completa de la amenaza o utilización de las armas nucleares. Esta reflexión nos lleva a una nueva matización de la conclusión del T.I.J. que se deriva de la distinción entre la «amenaza» del empleo del arma nuclear, que pertenece al «ius ad bellum» como derecho emanado del contenido de la Carta de las Naciones Unidas, y el empleo del arma atómica que se inscribe en el ámbito del «ius in bello» o Derecho de los conflictos armados, particularmente en el Derecho Internacional Humanitario. Por ello, la formulación más exacta del apartado B del Dictamen consultivo, si queremos coordinar su texto con el contenido del apartado E de la misma opinión consultiva, podría haberse expresado así:

*«Ni el Derecho Internacional convencional ni el Derecho Internacional consuetudinario establecen una prohibición universal, completa y expresa de la amenaza de utilizar o poseer armas nucleares en cuanto tales».*

Dedicaremos, en consecuencia, los restantes apartados de este trabajo al estudio de la licitud o ilicitud del empleo del arma nuclear según los principios y normas del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, partiendo hipotéticamente de la afirmación de la Corte sobre la ausencia de una prohibición universal y completa del empleo del arma atómico.

## IV. LA UTILIZACIÓN DEL ARMA NUCLEAR Y EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

### A. EL DERECHO DE LA GUERRA

#### 1. Consideraciones generales

Nos referiremos aquí al clásico Derecho de la Guerra o Derecho de La Haya, regulador de la conducción de las hostilidades y de los medios a modos de ejecutar la acción hostil. Examinaremos sus textos convencionales o normas consuetudinarias hasta su acercamiento y síntesis con el Derecho Internacional Humanitario, a partir de la Resolución 2.444 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1968), que culmina en el Protocolo I Adicional de 1977 (72).

Estudia Arrasen (73) entre los criterios humanitarios tradicionales la prohibición de causar «males superfluos» o «sufrimientos innecesarios», que fundamenta en una larga serie de textos normativos.

Respecto de estas prohibiciones de armas ha de hacerse la precisión de que sólo en alguna de ellas la proscripción es absoluta —al no cumplir en sí misma los requisitos generales del derecho de los conflictos armados (arma que produce males superfluos o sufrimientos innecesarios)— y en otras se prohíbe su uso en determinadas circunstancias que la hacen indiscriminada. La prohibición se plasma cuando se trata de armas cuyo uso normal es indiscriminado y, fuera de esta utilización, carecen de relevancia militar, dadas sus características técnicas. Naturalmente, estas matizaciones no significan que deje de prohibirse también el uso indiscriminado de cualquier arma no afectada por las aludidas proscripciones.

#### 2. La declaración de San Petesburgo

Una considerable parte de la doctrina (74) apoya la tesis de la ilicitud del empleo del arma nuclear en el preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868 en la que, una Comisión Militar

---

(72) S.E. Nahlik, «Compendio de Derecho Internacional Humanitario», Revista Internacional de la Cruz Roja, jul-agos.1984, p.14.

(73) M.ARRASSEN, «Conduite des hostilités...», ob.cit.pp.235 ss

(74) H. MEYROWITZ cita a MENZEL, A. ANDRIES, F.A. BOXLE, E. DAVID, C. SWINARSKY, I. DETTER DE LUPIS, J.H.E. FRIED, N. GRIEF, E.L. MEYROWITZ, TH. SCHWEISFURTH y, naturalmente, el «affaire SHIMODA» (H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.pp. 303 y 304, notas 12 y 13 ).

Internacional —a propuesta del Gabinete Imperial de Rusia.— fijó, de común acuerdo, los límites técnicos en que las necesidades de la guerra deben detenerse ante las exigencias de la humanidad. El citado pasaje de tal Declaración dice textualmente:

*«Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; Que a ese efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que ese objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable; Que, por tanto, el empleo de armas semejantes sería contrario a las leyes de la humanidad».*

No cabe duda que tal declaración, a la que puede reprochársele un cierto carácter abstracto, expresaba el estado de los «usos y costumbres de la guerra» en aquel histórico momento y aún hoy se puede decir que los principios que expone forman parte del Derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, H. Lauterpacht (75) considera difícil responder —en el estado presente (1966) del conocimiento y de la experiencia científica— con cierta precisión a la cuestión de si las consecuencias del uso de las armas atómicas son tales que violen la Declaración de San Petersburgo. Por otra parte, modernamente no faltan autores —como H. Meyrowitz (76)— que estiman que estos principios no poseen poder normativo propio, por lo que se debe pasar por el trance —difícil por razón de las implicaciones militares y políticas— de la elaboración de normas convencionales.

En todo caso, en el asunto Shimoda (77), el Tribunal Civil de Tokyo utilizó en su sentencia de 7 de diciembre de 1963 —entre otras— la aludida frase del preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, para declarar ilegales —conforme al Derecho Internacional vigente en aquel momento— los bombardeos atómicos de las ciudades de Hiroshima

---

(75) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho Internacional...», ob.cit. p.354.

(76) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit. p.305.

(77) Tribunal de Distrito de Tokyo, 7-12-1963, Asunto SHIMODA, «International Law Reports», vol.32, pp.626-642. Ver también H.FUJITA, «Reconsideration de l'Affaire SHIMODA, Analyse juridique du bombardement atomique du Hiroshima et Nagasaki» en Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, 1980-1-2. La sentencia fué publicada en «Japanese Annual of International Law», p.212-252 (1964). Ver también, E. MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas...», ob.cit.pp.49 y 50.

y Nagasaki durante la Segunda Guerra Mundial (6 y 9 de agosto de 1945). Comentado esta decisión judicial, C. Rousseau (78) destaca que: 1) Es un principio generalmente reconocido del derecho internacional relativo a la guerra aérea que no es admisible un bombardeo aéreo realizado sin discriminación más allá del ataque a objetivos militares y sobre ciudades abiertas como Hiroshima y Nagasaki. 2) El empleo de la bomba atómica es contrario al principio de derecho internacional que prohíbe el empleo de medios de guerra que produzcan males supérfluos. En el mismo sentido, pone de relieve J. Pictet (79) que en la exposición de motivos que acompaña a la sentencia se razona que un arma no es lícita por el solo hecho de que sea nueva, que las reglas de La Haya son aplicables por analogía a los bombardeos aéreos, que las dos ciudades mencionadas no estaban defendidas, no eran objetivos militares y que los efectos de esas bombas han sido más crueles que los de las armas químicas o bacteriológicas.

En contra de esta controvertida sentencia judicial japonesa podría, no obstante, esgrimirse otro pasaje de la Declaración de San Petersburgo que dice: «las Partes contratantes o adherentes se reservan entenderse ulteriormente todas las veces que se formule una propuesta precisa con miras a perfeccionamientos venideros, que la ciencia podría aportar al armamento de las tropas, a fin de mantener los principios que han planteado y de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad».

No le falta pues razón a H. Meyrowitz en sus reflexiones aunque, naturalmente, no es desdeñable el valor de este principio sentado en la Declaración de San Petersburgo, recogiendo —no lo olvidemos— las tradicionales «leyes y costumbres de la guerra», que habían de ser posteriormente— estudiadas y recopiladas como resultado de la Conferencia de Bruselas de 1874. En esta época el derecho consuetudinario aplicable en la guerra conoce formulaciones doctrinales, nacionales e internacionales, tan importantes como las norteamericanas «Leyes de Lieber» publicadas por Abraham Lincoln, el «Manual de Oxford» (1880) del Instituto de Derecho Internacional (obra de Gustav Moynier, uno de los cinco fundadores de la Cruz Roja) o el Reglamento español de Campaña de 4 de enero de 1882, que dedica el Capítulo XXVII a «Nociones del derecho de gentes y leyes de la guerra». En su artículo 850 se puede leer que el derecho internacional reprueba todo medio que no conduzca directamente al fin de la guerra; como la matanza inútil, el estrago y ruina de objetos que no sirvan de utilidad inmediata al adversario.

---

(78) CH. ROUSSEAU, «Le Droit des conflits...», ob.cit. pp. 127 y 128.

(79) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit. p. 66.

El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en su Dictamen Consultivo de 8-7-1996, afirma: «Está prohibido causar males supérfluos a los combatientes: así, está prohibido utilizar armas que causen tales males o graven innecesariamente sus sufrimientos. En aplicación de este segundo principio, los Estados carecen de una libertad de elección ilimitada de las armas que vayan a utilizar» (Apartado 78).

El principio, en definitiva, lo formuló nítidamente la Resolución 2444/XXIII (1968) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados: «Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo».

### **3. El Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la guerra terrestres de La Haya (1899-1907).**

Tanto el II Convenio de La Haya de 1899 (único ratificado por España) como el casi idéntico Convenio IV también de La Haya de 1907, llevan como Anexo el denominado «Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre». Su fundamento consuetudinario es tan evidente que se refleja en su propio título («leyes y costumbres de la guerra») y se justifica en su preámbulo: «...importa revisar a dicho fin las leyes y costumbres generales de la guerra» y han adoptado gran número de disposiciones que tienen por objeto definir y regular los usos de la guerra terrestre».

Tres son los pasajes de este Convenio de La Haya y su Reglamento anexo que han merecido la atención de los juristas en relación con la prohibición del uso del arma nuclear.

En primer lugar, la cláusula Martens contenida en su preámbulo, con la siguiente redacción: «...en los casos no comprendidos..., las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública».

En segundo término, la prohibición de emplear veneno o armas envenenadas, según el artículo 23 a) del Reglamento anexo, o usar armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos (art.23 e) del mismo Reglamento).

En tercer lugar, la proscripción contenida en el artículo 25 del mismo texto convencional, que veda el ataque o bombardeo, por cualquier medio que sea, de ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos.

Dejando para más adelante el análisis de la cláusula Martens, debemos destacar que hay un acusado consenso en la doctrina (80) respecto a que el uso del veneno o de las armas envenenadas está prohibido no sólo por una norma convencional (el artículo 23 a) del Reglamento de La Haya) sino que tal proscripción tiene la condición de norma consuetudinaria. A lo que habría que añadir ciertas reglas prohibitivas convencionales de carácter genérico, como el artículo 22 del citado Reglamento (81), conforme al que: «Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo», quedando vetada la utilización de los susceptibles de causar males superfluos (artículo 23 e) del mismo texto).

En contra H.Meyrowitz (82) señala que, a partir de los años setenta, una sólida práctica internacional, apoyada por una «opinio iuris» general, confirmó definitivamente la no ilicitud en si mismo del empleo de armas nucleares (es decir «como tales» o en su misma condición de armas nucleares), lo cual —evidentemente— no se extiende a la forma como pueden ser usadas (contra que objetivos, en que circunstancias, según que formas o con que efectos indirectos).

Para este autor, el supuesto de las armas nucleares es justamente el caso contrario de las armas químicas o biológicas, que están prohibidas en cuanto tales por el Protocolo de Ginebra de 1925 o por el derecho consuetudinario, cualquiera que pueda ser el objetivo, las circunstancias, las modalidades de uso y los efectos de su utilización.

Todavía más categórica es la postura del Tribunal Internacional de Justicia (Dictamen de 8-7-1996) cuando observa (Apartado 55) que el Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya no define lo que ha de entenderse por «veneno o armas envenenadas» y que existen interpretaciones divergentes sobre éste punto. De forma que, en la práctica estatal, estos términos han sido interpretados en su sentido natural o corriente, como armas cuyo principal efecto es envenenar, de manera que las Partes en el citado instrumento (los Estados) no consideran que se haga referencia a las armas nucleares; Y la misma conclusión alcanza el TIJ, por lo que las armas nucleares no se consideran prohibidas por tal Reglamento.

Cabe señalar en contra la opinión disidente del Magistrado del TIJ M.WEERAMANTRY (83), quien encuentra en el derecho convencional

---

(80) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.p.304.

(81) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.361.

(82) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.304 y 305.

(83) «Court Internationale de Justice. Communiqué», ob.cit. pp.7 y 8.

—y concretamente en el artículo 23 a) del Reglamento de La Haya de 1907 la prohibición del uso de las armas nucleares, pues su empleo es contrario al principio fundamental del valor y de la dignidad de la persona humana sobre el que reposa el derecho. Así, considera este Magistrado que el aludido Reglamento es claramente aplicable a las armas nucleares puesto que en él se prohíbe la utilización de venenos. Añade que las radiaciones se incluyen directamente en esta categoría y que la proscripción del uso de venenos es ciertamente una de las más viejas normas de las leyes de la guerra.

#### 4. El Protocolo de Ginebra de 1925

La doctrina que reiteradamente hemos citado y la fundamentación del asunto Shimoda, alude también —para sostener la prohibición del uso de las armas nucleares en sí mismas— al Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos (deletéreos) o similares y de medios bacteriológicos, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos. Empleo que «ha sido a justo título condenado por la opinión general del mundo civilizado» (Preámbulo del Protocolo).

Los propios términos del Protocolo, en su parte expositiva, revelan una vocación de establecer una universal y permanente prohibición de 108 gases y medios bacteriológicos en los conflictos armados, pues se considera que esta proscripción «ha sido formulada en los tratados de que son Partes la mayoría de las potencias del mundo» y que se persigue el fin de «hacer reconocer universalmente como incorporada al derecho internacional esta prohibición, que igualmente se impone en la conciencia y a la práctica de las naciones».

No es, sin embargo, unánime la doctrina al relacionar esta categórica proscripción con el empleo de las armas nucleares en sí mismas. Pérez González cita la opinión de S.E. Nahlik (84) que ha subrayado como esta prohibición extensa —que vendría a dejar abierta la puerta a la condena de nuevos medios hostiles productores de efectos análogos— sería hoy aplicable al uso de las armas nucleares, coincidentes con las químicas y las bacteriológicas en la imposibilidad de un empleo selectivo, en el hecho de atacar a personas y bienes no involucrados en el combate.

---

(84) S.E. NAHLIK, «Arme atomique et droit international», lección pronunciada en la F. de Derecho de la U. Complutense de Madrid (23-4-1971), policopiada, p.10 (citada por M. Pérez González «Seguridad y desarme...», ob.cit.pp.360 y 361, nota 7).

La postura de Lauterpacht, en relación con la prohibición del uso del arma atómica fundada en el Protocolo de Ginebra de 1925, es muy vacilante (85) razonando que, mientras la permanencia de la contaminación causada por la bomba atómica dentro de un área limitada es discutible (llega a escribir que, según altas autoridades científicas, la contaminación permanente solamente se produce cuando la bomba explota bajo el agua), hay una fuerte evidencia del sufrimiento continuado, y quizá fatal inevitablemente, que inflige al herido. No obstante —continúa— a la vista del carácter hasta ahora incalculable de las consecuencias físicas indirectas para los seres humanos mas allá del radio inmediato de su explosión, es posible que el uso de la bomba atómica en gran escala pueda entrar en la órbita de la guerra biológica, que ha sido condenada por la conciencia de la humanidad. Esta indecisión doctrinal, que se extiende a sus conclusiones, tiene su explicación en la época donde aún no se conocían con la necesaria precisión las gravísimas secuelas de una explosión nuclear.

Arrassen (86), por el contrario, estima que las armas nucleares y las radiológicas, debido a su condición de «armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos» y de sus efectos altamente indiscriminatorios, están incluidas en las prohibiciones establecidas por la Declaración de San Petersburgo, Reglamento de La Haya (apartados a) y e) del art.23), Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo I Adicional (arts.35, 51, 52, 55 y 56), todo ello sin contar que del hecho de la asimilación de algunos de sus efectos —particularmente, la contaminación— a los resultados del empleo de veneno o de productos químicos tóxicos, las armas nucleares y radiológicas caen igualmente bajo la interdicción consuetudinaria, de una parte, del veneno y de las armas envenenadas y, de otro lado, de las armas químicas.

En contra, H. Meyrowitz (87), como hemos visto, estima que —a partir de los años setenta— una sólida práctica internacional (apoyada por una «opinio iuris» general) no ha confirmado la no ilicitud en si del empleo de armas nucleares, enfrentando esta situación (no prohibición del empleo de armas nucleares como tales) precisamente a la interdicción de las armas químicas y biológicas, como tales, establecida en el Protocolo de Ginebra de 1925.

---

(85) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho...»,ob.cit.p.354.

(86) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...»,ob.cit.p.446. También SCHAWARZENBERGER escribe que la prohibición del Protocolo de Ginebra de 1925 es probablemente solo declaratoria del D.Internacional consuetudinario y abarca el empleo de armas nucleares ("Manual of International Law, London, 5ª Edición, 1967, p.201).

(87) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.pp.304 y 305.

De nuevo acudimos al Dictamen Consultivo del TIJ (8-7-1996), donde se razona (apartado 55) que el Protocolo de 1925 no precisa el significado de los términos «materias o procedimientos análogos», siendo clara la práctica estatal en el sentido de que las Partes en tal instrumento no consideran que haga referencia a las armas nucleares. En consecuencia, el Tribunal no estima que la utilización de las armas nucleares pueda considerarse específicamente prohibida por el Protocolo de 1925 (apartado 56).

En su opinión disidente del citado Dictamen, M. Weeramantry (88) explica su convicción de que el derecho convencional —en particular el Protocolo de Ginebra de 1925— al prohibir el empleo de gases de modo específico es claramente aplicable a las armas nucleares.

## 5. La Cláusula Martens

Desde los Convenios de La Haya de 1899 figura en los Convenios relativos al Derecho de los conflictos armados (Derecho de la Guerra y Derecho Internacional Humanitario) una cláusula o «válvula de seguridad» (89), debida al genio de Frédéric Martens, que —en la formulación contenida en el artículo 1, número 2, del Protocolo I Adicional de 1977— dice así: «En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». Y ello porque «...no podía ser la intención de las Altas Partes contratantes que los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirigen los ejércitos» (Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907).

Pese a los intentos doctrinales de apoyar la interdicción del uso de las armas nucleares (en cuanto tales) en el texto convencional de la cláusula Martens, debemos convenir con H. Meyrowitz (90) que su invocación no es aquí pertinente pues es extraña al ámbito de las armas u otros medios de guerra. Y ciertamente no existe ninguna prohibición de utilización de una clase determinada de arma que no se derive de una regla específica convencional o consuetudinaria, ni deducible directamente de la cláusula

---

(88) «Court Internationale de Justice...», ob.cit. pp. 7 y 8.

(89) Así la denomina S.E. NAHLIK, «Compendio...», ob.cit. p. 39.

(90) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit. p. 305.

Martens. Aduce este autor para fundamentar su aserto que la cláusula Martens figura en el preámbulo del Convenio de Ginebra de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y —sin embargo— para obtener la definición de las armas cuyo empleo resulta prohibido en los tres Protocolos adicionales anexos (que ahora son cuatro) o establecer las categorías de armas excluidas de las nuevas prohibiciones, han sido precisas largas y difíciles negociaciones. Modernamente confirman tal ejemplo la laboriosa obtención de acuerdos en Viena (1995) y Ginebra (1996), respectivamente, para la interdicción de las armas que causan ceguera (Protocolo IV) o para la modificación del régimen de las minas antipersonal (Protocolo II). Por todo ello es difícil no estar de acuerdo con este autor cuando afirma que la cláusula Martens no puede por sí sola prohibir o limitar el uso de una categoría determinada de armas.

Sin embargo, el Dictamen consultivo (8-7-1996) del TIJ no llega a idéntica conclusión, aunque ciertamente no la contradice. Para el Tribunal la cláusula «ha resultado ser un medio eficaz para afrontar la rápida evolución de las técnicas militares» y, conforme a los principios del Derecho de gentes, el Derecho humanitario prohibió en fecha muy temprana algunos tipos de armas, ya por sus efectos indiscriminados, ya porque causaban a los combatientes sufrimientos innecesarios (sufrimientos superiores a los males inevitables que conlleva la obtención de objetivos militares legítimos) Pero una cosa es afirmar que «en el caso de que el empleo de un arma no satisficiera las exigencias del Derecho Humanitario la amenaza de tal uso también sería contraria a este Derecho» y otra muy distinta que pueda deducirse del texto de la cláusula Martens la prohibición concreta de la utilización del arma nuclear o de cualquier otra arma no expresamente prohibida por normas convencionales o consuetudinarias.

## **6. La Convención de 1980 sobre Armas Convencionales**

A este instrumento convencional firmado en Ginebra el 10 de octubre de 1980, con sus cuatro Protocolos anexos (Protocolo I sobre fragmentos no localizables en el cuerpo humano mediante rayos X, Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampas y otros artefactos —modificado en Ginebra el 3 de mayo de 1996—, Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias y Protocolo IV sobre prohibición de las armas que causan ceguera) se refiere el Dictamen consultivo del TIJ (8-7-1996), destacando que la aparición

de nuevos medios de combate —sin poner en cuestión los antiguos principios y normas de Derecho Internacional— trajo consigo la necesidad de algunas prohibiciones específicas del empleo de ciertas armas y todo ello demuestra que la conducción de las operaciones militares está sometida a un cuerpo de prescripciones jurídicas.

En el preámbulo de la Convención de 1980 se recuerda el principio de Derecho Internacional según el cual el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado, y el principio que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de hacer la guerra de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios. Asimismo se recoge que está prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

Realmente no se puede sostener que este Convenio de 1980 pueda ser aplicable al empleo del arma nuclear. En primer lugar porque su misma denominación (armas convencionales) nos lleva a la exclusión de las armas menos convencionales: las armas nucleares. Pero es que el instrumento convencional que podría ser aplicable a las armas nucleares es, sin duda, el Protocolo III del Convenio de 1980, relativo a determinadas prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias, no contiene una proscripción del arma incendiaria (que define en su artículo 1) en si misma («en cuanto tal») sino concretas utilizaciones del arma que se consideran atentatorias contra el principio de distinción (protección especial de la población civil y bienes civiles), prohibición de ataques indiscriminados, principio de proporcionalidad y protección del medio ambiente y medios indispensables para la supervivencia (91). Es forzoso pues concluir que la Convención de 1980 tampoco establece la interdicción del uso del arma nuclear en cuanto tal.

## 7. Los Convenios sobre Armas Biológicas de 1972 y Armas Químicas de 1993

Aunque no faltan alusiones a una hipotética relación, en este caso disimilitud (92), entre las armas biológicas y las nucleares, creemos que

---

(91) W. HAYS PARKS, «El Protocolo sobre armas incendiarias», en el núm. dedicado al «Décimo aniversario de la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales», Revista Internacional de la Cruz Roja nov-dic. 1990, núm. 102, pp. 572-590. Para este autor en el Protocolo III se establece la legalidad de las armas incendiarias.

(92) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. pp. 304 y 305.

hacen referencia al Protocolo de Ginebra de 1925 (prohibición de gases asfixiantes, tóxicos y similares y de medios bacteriológicos, pero no al Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, de 10 de abril de 1972. Se trata, evidentemente, de un instrumento convenido en el proceso internacional de desarme o control de armamentos, que sigue la línea del citado Protocolo de 1925, dentro del objetivo de lograr la interdicción y eliminación de todos los tipos de armas de destrucción masiva.

Pero aquí se acaban las analogías con las armas atómicas, pues la Convención de 1972 no prohíbe el desarrollo (producción y almacenamiento) de las armas químicas sino de las bacteriológicas y tóxicas, obligando también a su destrucción. O como, con mayor precisión establece su artículo 1, el ámbito de la interdicción convencional se concreta a los «agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción» y, naturalmente, las armas, equipos y vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados.

El Dictamen consultivo del TIJ (8-7-1996) se refiere a las armas de destrucción masiva, dejando constancia de que la tendencia hasta el presente ha sido declarar su ilicitud mediante la adopción de instrumentos específicos, negociados y adoptados en un contexto propio y por motivos concretos. El Tribunal, en definitiva, no encuentra que exista una prohibición específica del recurso a las armas nucleares en los tratados que prohíben expresamente la utilización de determinadas armas de destrucción masiva.

Para criticar la indecisión del Dictamen y su disconformidad con los eventos de los que deduce el carácter lícito de la amenaza o el empleo de armas nucleares en ciertas circunstancias extraordinarias, el Vicepresidente del Tribunal M. Schwebel en su voto disidente (93) resalta que se afirma que «era no solamente perfectamente lícita, sino también eminentemente deseable» la advertencia que Iraq percibió como una amenaza de empleo de armas nucleares y que pudo disuadirle de recurrir a las armas químicas y biológicas contra las fuerzas de la coalición en el curso de la guerra del Golfo.

Mayor detenimiento merece el estudio de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo

---

(93) «Court Internationale de Justice.....», ob.cit. p.5.

de armas químicas y sobre su destrucción, hecha en París el 13 de enero de 1993 y ratificada por España por Instrumento de Ratificación de 22 de julio de 1994 (publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 300, de 13-12-1996). La Convención ha entrado en vigor de forma general y para España el 29 de abril de 1997, de conformidad con lo establecido en su artículo XXI, que ha sido suscrita por 160 Estados, entre ellos las cinco potencias nucleares y, a la vez, miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Rusia y China).

Desde el punto de vista de las relaciones internacionales, los intentos de prohibición generalizada de las armas químicas no son un proceso aislado de la cuestión de las armas nucleares. Y así, como escribe Peñas Mora (94) en enero de 1989, los países de la Liga Árabe, en bloque, establecieron una relación entre la supresión de los agresivos químicos y el proceso de desarme nuclear, y algunos de ellos condicionaron la firma del proyectado convenio (de prohibición de las armas químicas) a la firma por Israel del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares. Para algunos países, en definitiva, éste último Tratado había legitimado sólo a los países que ya poseían armas nucleares y la oposición de la Liga Árabe trataba de influir en Israel para que ratificara el TNP y se sometiera a una inspección internacional.

En el preámbulo de la Convención de París de 1993 los Estados Partes hacen propósitos para la prohibición y eliminación de todos los tipos de armas de destrucción en masa y reconocen que éste Convenio reafirma los principios y objetivos del Protocolo de Ginebra de 1925 y de la Convención sobre armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas de 1972.

Gran importancia revisten las definiciones de la Convención para delimitar su ámbito de aplicación, particularmente la de «sustancia química tóxica» (Artículo II, 2), por la que se entiende: «Toda sustancia química que, por su acción química sobre los procesos vitales, pueda causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales. Quedan incluidas todas las sustancias químicas de esa clase, cualquiera que sea su origen o método de producción y ya sea que se produzcan en instalaciones o de otro modo (a los efectos de la aplicación de la presente Convención, las sustancias químicas tóxicas respecto de las que se ha previsto la aplicación de medidas de verificación están enumeradas en listas incluidas en el anexo sobre sustancias químicas)».

---

(94) Julián PEÑAS MORA, «La Convención de armas químicas de 13 de enero de 1993: Génesis y exégesis de su texto», Boletín de Información del CESEDEN, núm. 238, 1995, p. 47.

En el número 9 del artículo II se entiende por «fines no prohibidos en la presente Convención»: c) Fines militares no relacionados con el empleo de las armas químicas y que no dependen de las propiedades tóxicas de las sustancias químicas como método de guerra». El artículo XXII establece que no podrán formularse reservas a los artículos de la Convención.

Aún con la opinión disidente de M. Weeramantry (95), contrario a todas las armas de destrucción masiva y convencido de que son aplicables para la prohibición de las armas nucleares y sus radiaciones las normas sobre prohibición de venenos, el Dictamen consultivo del TIJ (8-7-1996), después de examinar la Convención de 13 de enero de 1993, no encuentra que en tal tratado exista una prohibición específica del recurso a las armas nucleares.

## **8. Los Convenios Internacionales para la protección de los Derechos Humanos**

En el debate sostenido en el Tribunal Internacional de Justicia sobre el uso o amenaza del empleo de armas nucleares, algunos Estados argumentaron que el uso de las armas nucleares constituye una violación del derecho a la vida garantizado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966. El derecho a la vida es inherente a la persona humana, estará protegido por la ley y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. En contra otros Estados han aducido que en tal Pacto —y, en general, en los instrumentos de Derecho Internacional que protegen a la persona humana— no se menciona la guerra ni las armas, ni se ha interpretado jamás que tales instrumentos estuviesen dirigidos a regular la licitud o ilicitud del empleo de las armas nucleares. Para tales Estados el pacto protege los derechos humanos en tiempo de paz y es el Derecho de los Conflictos Armados el que regula las cuestiones de la privación lícita de la vida en el curso de un conflicto armado.

No cabe duda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Conflictos Armados (o si se quiere el Derecho Internacional Humanitario) guardan una estrecha relación, hasta el punto que J. Pictet (96) llama Derecho Humano al que abarca el Derecho de los conflictos armados y los Derechos humanos y que tiene por finalidad avalar un mínimo de garantías y de humanidad a todos los

---

(95) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.8.

(96) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit.p.73.

hombres, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (en todas las circunstancias se debe respetar el núcleo duro o irrenunciable del Derecho humano). Este autor formula así su principio común: «Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana».

Naturalmente el principio general de la inviolabilidad de la vida humana tiene sus limitaciones en situación de conflicto armado, debido a la legitimidad del uso de la violencia en la guerra —que es lucha armada— aunque solo fuese para defenderse de los ataques de la parte adversa y obtener el objetivo de poner fuera de combate y neutralizar a la parte adversa, aunque no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo (Resolución 2.444 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1968, sobre el respeto de los Derechos humanos en los conflictos armados).

Así pues, según Pictet (97) también en los conflictos armados rige el principio de inviolabilidad de la vida humana (el individuo tiene derecho al respeto de su vida, integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad. Se ha de partir de la prohibición de lanzar ataques contra la población como tal y de la norma que establece que, en todo momento, ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible (Resolución 2.444 de la Asamblea General).

En consecuencia, el TIJ en su Dictamen de 8-7-1996 observó que la protección de los derechos humanos ofrecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no termina en tiempo de guerra, porque el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente también rige en caso de conflicto armado (apartado 24 y 25). Ahora bien, advierte el Tribunal que corresponde a la «lex specialis» aplicable (el Derecho de los conflictos armados que regula la conducción de las hostilidades) determinar que constituye una privación arbitraria de la vida. Concluyendo que, únicamente por referencia al Derecho aplicable a los conflictos armados, y no a las disposiciones del Pacto, puede ser determinado si un caso concreto de muerte a causa del empleo de un determinado tipo de arma en tiempo de guerra ha de ser considerado como una privación arbitraria de la vida.

---

(97) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit. pp.75 ss. M. Weeramantry en su opinión disidente al Dictámen del T.I.J. (7-8-1996) invoca en contra de la legalidad de las armas nucleares los principios básicos de derecho relativos a los derechos del hombre («Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.8.

## 9. La prohibición del genocidio

Se ha sostenido ante el TIJ (Dictamen de 8-7-1996) que el uso del arma nuclear vulneraría la prohibición del crimen de genocidio.

Como consecuencia de los gravísimos Crímenes contra La Humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, que fueron objeto de represión en los juicios que se celebraron ante los Tribunales constituidos en virtud del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945, se aprobó en el seno de las Naciones Unidas el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), que se considera parte del Derecho Internacional Humanitario y que fue ratificado por España por Instrumento de Adhesión de 13 de septiembre de 1968. El Convenio considera el genocidio como un delito de derecho internacional y va más allá de su consideración dentro de la noción de «crímenes contra la humanidad», ligada a los «crímenes de guerra» o al «Derecho Internacional Humanitario, pues el genocidio puede ser cometido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (art.1 del Convenio) (98).

El genocidio, término acuñado por el jurista polaco Rafael Lemkin en 1944, suponen el intento de destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o social, voluntad de destruir el grupo en cuanto tal que integra el elemento subjetivo del crimen de genocidio (M. Ch. Bassiouni).(99).

Es clásica en nuestro derecho el concepto de genocidio de Beltrán Ballester que, inspirándose en el Convenio de 1948 y en el artículo 137 bis del derogado Código penal, lo define como el conjunto de actos consistentes en la privación de cualquiera de los derechos elementales de la persona humana, realizado con el propósito de destruir total o parcialmente una población o sector de una población, en razón a sus vínculos raciales, nacionales o religiosos; o bien realizar actos lesivos de los derechos individuales definidores de la existencia de un grupo nacional,

---

(98) J.Ma. Rodríguez Devesa-A.Serrano Gómez, «Derecho penal español.Parte Especial»,Ed.Dykinson,Madrid 1992,p.656 ss. J.C. Carbonell Mateu y T.S. Vives Antón, «Delitos de genocidio», en «Comentarios al Código Penal de 1995» Vol. II, Valencia 1996, pp.2158 ss. J. J. González Rus, «Manual de Derecho penal (Parte Especial) III. Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado;de las falsedades», Ed.Edersa,pp. 45 ss.

(99) M.CH. BASSIOUNI, «Derecho penal internacional»,Ed. Tecnos, Madrid 1984,pp.75 y 127 a 129.

étnico, racial o religioso con el propósito de destruirlo total o parcialmente (100).

Comentando este precepto escribe A. Blanc Altemir que contiene una definición de genocidio «por comprensión», es decir estableciendo la característica esencial del concepto (intencionalidad de destruir total o parcialmente) y «por extensión», enumerando concretamente los actos que entrañan tales consecuencias. Añade este autor la exposición de algunas deficiencias, como el concepto de «destrucción parcial», que para la doctrina debe referirse a un número razonablemente importante en relación con la totalidad del grupo como conjunto o una parte importante, como sus dirigentes (101).

La responsabilidad criminal abarca, naturalmente, a los gobernantes, funcionarios o particulares que hayan cometido genocidio o los mencionados actos punibles (art.4). Las Partes Contratantes se comprometen, según el artículo 5, a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio u otros actos punibles. Así pues, el genocidio —concebido como la negación del derecho a la existencia de todo un grupo humano— en opinión de Blanc Altemir constituye la más grave violación de los derechos humanos y, como tal, su prohibición se inscribe en el campo normativo del «ius cogens» al ser reconocida en este sentido por la comunidad internacional en su conjunto y no admitir acuerdo en contrario. Y así, la violación de la norma prohibitiva constituye un crimen internacional.(102).

En relación con las armas nucleares, algunos Estados han mantenido ante el Tribunal Internacional de Justicia que su utilización causaría un enorme número de muertes, que las víctimas podrían incluir a personas pertenecientes a un particular grupo étnico, nacional, racial o religioso, y que la intención de destruir a tales grupos podría deducirse del conocimiento que tiene el que emplea el arma nuclear de los bien conocidos efectos de su utilización. Tal uso caería entonces dentro de la prohibición del genocidio contenida en el Convenio de 1948, convertido en una norma de Derecho internacional consuetudinario aplicable por el T.I.J.

---

(100) Beltrán BALLESTER, «El delito de genocidio. Estudio del artículo 137 bis del Código penal español», Cuadernos de Política Criminal, 1978, num.6, pp.23 ss. VARELA FEIJOO, «El delito de genocidio», Temas Penales, U. Santiago de C. 1973, pp. 107 ss.

(101) Antonio BLANC ALTEMIR, «La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional», Bosch, Barcelona 1990, p. 178.

(102) A. BLANC ALTEMIR, «La violación de los...», ob.cit.pp.210-211.

Nuestro punto de vista, sin embargo, coincide con el de H. Meyrowitz (103) quien sostiene que la hipótesis de existencia de genocidio descansa en que los actos cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal y consistentes en la muerte o grave atentado contra la integridad física de miembros del grupo, pueda ser perpetrado por medio de armas nucleares. Y concluye que sería entonces la comisión del acto constitutivo de la definición de genocidio el que caería bajo tal incriminación y no el recurso al medio que haya servido para la perpetración del crimen. Es decir, el genocidio se caracteriza por la intención de destruir un grupo humano y no por los medios utilizados para esta finalidad genocida. En definitiva no se puede decir, a la vista del Convenio de 1948 para la prevención y castigo del crimen de genocidio, que existan «armas genocidas» y por tanto que puedan ser así calificadas las nucleares en cuanto tales.

En este mismo sentido, el Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen consultivo de 8-7-1996 señaló que la prohibición del genocidio sólo sería pertinente, en este caso, si el recurso a las armas nucleares comportase efectivamente el elemento intencional dirigido contra un grupo como tal, según exige la citada norma convencional. Concluyendo que sólo podría alcanzarse tal convicción después de tomar en debida consideración las circunstancias concretas de cada caso, lo que implica que no puede considerarse a las armas nucleares en sí mismas como incursas en la interdicción universal del crimen de genocidio.

M. Weeramantry (104) expresa en su voto disidente su disconformidad con el Dictamen del TIJ, estimando que entre los principios que significan la prohibición del empleo de las armas nucleares figura el de la *interdicción del genocidio*.

## 10. Conclusiones críticas en relación con las Normas del Derecho de la Guerra y el empleo del arma nuclear

Desde hace ya muchos años, la mejor doctrina (105) se había pronunciado por la regulación de la guerra total (en la que se emplearen armas atómicas o termonucleares), pues con ser muy grandes sus horrores, serían menores en el caso de existieren reglas positivas al respecto. La indefinición es, sin embargo, la nota dominante en esta materia durante un

---

(103) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.305-306.

(104) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.8.

(105) J.A. PASTOR RIDRUEJO, «El Derecho actual...», ob.cit.p.269.

largo período de tiempo Así, Lauterpacht (106), después de considerar posible que el uso de la bomba atómica en gran escala pueda entrar en la órbita de la guerra biológica, que ha sido condenada por la conciencia de la humanidad, habiendo entonces lugar para la opinión de que es contraria al Derecho internacional, aunque se dirija contra objetivos militares indudables (buques de guerra o grandes acumulaciones de tropas) que contienen o se componen de seres humanos, estima —seguidamente— que «parece que no hay ninguna razón urgente que prohíba el uso del arma atómica contra objetivos militares que puedan destruirse sin grandes pérdidas de vida o daño para la salud».

Más decidida es la postura de Arrassen (107), quien apoyándose en la opinión mantenida entonces por Meyrowitz (108), sostiene que por razón de su condición de «armas, de proyectiles o de materias capaces de causar males supérfluos» y de sus efectos altamente indiscriminados, estas categorías de armas (nucleares y radiológicas) responden a las prohibiciones establecidas por la Declaración de San Petersburgo, del Reglamento de La Haya (art.23 a) y e), de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I (arts.35, 51, 52, 55 y 56) adicional a los citados Convenios. Sin contar, prosigue este autor, que de la asimilación de algunos de sus efectos —singularmente de contaminación— a los resultados del empleo de veneno o de productos químicos tóxicos, las armas nucleares y radiológicas caen igualmente bajo la prohibición consuetudinaria, de una parte del veneno y armas envenenadas, y de otro lado, de las armas químicas.

Mucho más matizada es la clásica posición de H. Meyrowitz (109), entre nosotros seguida por Montull Lavilla (110) que a los argumentos doctrinales apoyados en los textos clásicos y modernos del Derecho de la guerra, opone el desmentido decisivo que aporta —y no cesa de aportar— la práctica de los Estados. Desde el análisis de las normas convencionales

---

(106) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho...»,ob.cit.pp.354-355.

(107) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...»,ob.cit.p.446.

(108) Estimó MEYROWITZ que las armas atómicas y radiológicas requieren la prohibición por el carácter insidioso de sus efectos, por el carácter imprevisible e incontrolable de estos efectos, incontrolable por la extensión de la zona contaminada, número y calidad de los seres humanos afectados:com batientes o personas civiles; por la extensión en el tiempo de sus efectos, susceptibles de producirse largo tiempo despues de la emisión de materias radiactivas,sin hablar de sus efectos genéticos («Le projet americano-soviétique de traité sur l'interdiction des armes radiologiques «Annuaire français de droit international, 1979, p. 105).

(109) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.pp.309 y 325

(110) E. MONTULL LAVILLA, «Consideraciones jurídicas y críticas...» ob.cit.pp.51-52.

y de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ya hemos examinado antes en profundidad, este autor argumenta que la composición de la mayoría y minoría de los Estados que forman la comunidad internacional, enfrentados en esta cuestión, y el reconocimiento de que la definición del estatuto de las armas atómicas según el Derecho de la guerra no es posible sin el acuerdo de las cinco potencias nucleares, impiden la formación de una «opinio iuris». Concluyendo que la cuestión de saber a que reglas está sometido el empleo de las armas nucleares depende enteramente hasta el presente, en cuanto a la respuesta, de la práctica de los Estados, aún cuando esta práctica está ligada a una Convención, el Protocolo I de 1977, que remite al derecho consuetudinario.

Y también invoca el valor normativo de la costumbre internacional en esta materia el Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996, en donde — después de afirmar el principio cardinal de la prohibición de causar males superfluos a los combatientes y utilizar armas que causen tales males o agraven innecesariamente sus sufrimientos, se sostiene que estas normas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que los contienen, porque constituyen principios inquebrantables del Derecho Internacional humanitario. Sin que quepa duda a la Corte de que el hecho de que las Convenciones de La Haya (y de Ginebra) hayan obtenido tan amplia participación se debe a que un gran número de estas normas aplicables a los conflictos armados son fundamentales para el respeto de la persona humana y también a las «consideraciones elementales de humanidad» (apartados 78 y 79).

No parece pues aventurado concluir que las normas del Derecho de la guerra, es decir las que regulan los modos o medios de combatir o si se quiere la conducción de las hostilidades, no regulan expresamente ni los Estados han interpretado que prohíban el empleo del arma nuclear — en cuanto tal— en los conflictos armados, aunque — naturalmente— tal vacío normativo no supone un estatuto privilegiado, puesto que la utilización de tales armas no está exenta de cumplir las normas generales establecidas con carácter convencional o consuetudinario por el Derecho de los conflictos armados. Y esta conclusión, ciertamente lamentable desde muchos puntos de vista, nos lleva a examinar seguidamente si el estado de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que integra la parte del Derecho de los conflictos armados que se ocupa de la protección de las víctimas de la guerra, nos conduce a la misma conclusión.

## B. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

### 1. Determinaciones previas

Entendemos aquí por Derecho Internacional Humanitario, en la conocida definición de S.E. Nahlik (111) el conjunto de las reglas de derecho internacional tendentes a la protección, en caso de conflicto armado, de las personas afectadas por los males que causa ese conflicto y, por extensión, de los bienes que no tienen directa relación con las operaciones militares. En definitiva, la parte del derecho que tiende a salvaguardar a los militares fuera de combate, así como a las personas que no participan en las hostilidades (112) o, en mi opinión, la parte del Derecho de los conflictos armados que regula específicamente la protección de las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y miembros de la población civil) y de los bienes, víctimas de la acción hostil, limitando el uso de la fuerza sin afectar al estatuto jurídico de las partes en conflicto.

A la vista de los principios del Derecho Internacional Humanitario entonces vigentes, autores como Lauterpacht (113) expresan notables vacilaciones sobre la ilegalidad de la utilización del arma atómica. En cuanto al principio de distinción entre combatientes y no combatientes, niega este autor que el radio de devastación causado por el arma atómica sea tan grande como para rechazar cualquier intento de distinguir combatientes y no combatientes o entre objetivos militares y no militares, aunque reconoce que mientras el bombardeo aéreo puede cumplir el requisito de dirigirse contra un «objetivo militar» y quedar dentro de la órbita de la legalidad, el uso de la bomba atómica contra una ciudad puede cumplir tal requisito sólo en casos muy excepcionales. Sin embargo, concluye que no es cierto que el recurso al arma atómica deba llevar invariablemente al olvido de la distinción entre combatientes y no combatientes y que no pueda limitarse a los propios objetivos militares. Por lo que se refiere al principio de humanidad, se pregunta este autor si la destrucción y el sufrimiento originados por el uso del arma atómica no son tales que la coloquen, en los términos de los Convenios de Ginebra de 1949, fuera de los principios del derecho de gentes, que se deducen de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública (Cláusula Martens), para concluir que existe

---

(111) S. E. NAHLIK, «Compendio de Derecho..... »,ob.cit.p.7

(112) J. PICTET, «Desarrollo y principios...»,ob.cit.p.10

(113) H. LAUTERPACHT, «Tratado de Derecho...»,ob.cit.pp.354-356

cierta controversia con respecto al valor decisivo de las consideraciones de humanidad en la guerra y la posibilidad de recurrir al arma atómica contra objetivos en relación a los cuales no serían importantes tales consideraciones.

Más modernamente otros autores (114) escriben que las reglas del «*ius in bello*» responden al doble propósito de seleccionar los objetivos bélicos (distinguiendo entre objetivos militares y no militares en función de la protección de la población civil y sus bienes) y de sujetar la conducción de las hostilidades a los principios humanitarios, doble propósito que es probablemente impracticable en la guerra nuclear, lo que ha llevado a Castren a plantear que la legalidad de tales medios de guerra puede ser dudosa (115).

Estudiando la moderna evolución del Derecho Internacional Humanitario, constatamos que, ya en la temprana fecha de 1949, había sido planteada la cuestión de la legalidad del uso del arma nuclear. Sin embargo, la Conferencia Diplomática que elaboró los Convenios de Ginebra de 1949, ante una propuesta de la delegación de la URSS dirigida a poner fuera de la ley las armas nucleares, se declaró incompetente para debatirla y el proyecto de resolución fué declarado inaceptable por amplia mayoría (116).

Un grupo de expertos gubernamentales que elaboró un informe sobre «armas que pueden causar males superfluos o dañar sin discriminación, convocados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.) declaró que las armas nucleares son, efectivamente, armas incendiarias de explosión dotadas de un alto poder y también son armas radiológicas en virtud de la radiación ionizadora que libera la explosión nuclear, tanto inmediata como en forma de «precipitación» radiactiva. Para este informe (117) los efectos principales que producen víctimas son consecuencia de la explosión, radiación térmica y radiación ionizante, pudiendo pasar días, semanas o incluso años antes de que se manifiesten los síntomas de enfermedad, a lo que hay que añadir que la radiación ionizante puede retrasar

---

(114) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.361 O. Casanovas, «Objetivos militares, métodos y medios de combate» en «Instituciones de D.Internacional Público» de M. Díaz de Velasco, Tomo I, Cap.XLV, Madrid 1980, pp.577 ss.

(115) E. CASTREN, «Necessité et possibilité de la protection juridique de la population civile dans la guerre moderne», «Estudios de D.Internacional en homenaje a D.Antonio de Luna, Madrid, 1968, p. 503.

(116) Claude PILLOUD y Jean de PREUX; «Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949», C.I.C.R. Ginebra 1986, p. 600.

(117) C.I.C.R., «Informe sobre los trabajos de un grupo de expertos:» «Armas que pueden causar males superfluos o dañar sin discriminación», Ginebra 1973, pp. 22-23.

la cicatrización de otras heridas y obstaculizar la mejoría de ciertas enfermedades. Datos que se apoyan en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas titulado «Efectos de la posible utilización de las armas nucleares y consecuencias que para la seguridad y la economía de los Estados tiene la adquisición y el ulterior desarrollo de esas armas» (Nueva York, 1968, Documento A/6858).

Sensible a esta problemática humanitaria, el C.I.C.R. insertó en su «Proyecto de reglas para limitar los riesgos sufridos por la población civil en tiempo de guerra» (1956) el artículo 14.1 con la redacción siguiente: «Sin perjuicio de las prohibiciones existentes o futuras de armas determinadas, está prohibido emplear armas cuya acción nociva — particularmente por expansión de agentes incendiarios, químicos, bacteriológicos, radiactivos o similares podría extenderse de manera imprevista o escapar, en el espacio o en el tiempo, al control de quienes les empleen y poner así en peligro a la población civil». Esta disposición fué considerada por diversos gobiernos como una condena de las armas nucleares y, por esta razón, no fué incluida en el proyecto del C.I.C.R. (118).

También desde la óptica humanitaria, el Dictamen consultivo del T.I.J. (8-7-1996) destacó que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg estimó en 1945 que las reglas humanitarias contenidas en el Reglamento anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 estaban reconocidas por todas las naciones civilizadas y eran consideradas como declarativas de las leyes y costumbres de la guerra, reconocimiento (que las reglas del Derecho Internacional Humanitario forman parte sin duda del Derecho consuetudinario) que se ratifica en el Informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas que contiene el Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos reponsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (aprobado por el Consejo de Seguridad por Resolución 827 de 1993).

Para la Corte el primer principio cardinal contenido en los textos del Derecho Humanitario está destinado a la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes, que los Estados nunca deben atacar contra la población civil (en cuanto tal) y, por consiguiente, no deben utilizar armas con las que no puedan distinguir entre objetos civiles y objetivos militares (apartados 78 , 80 y 81 del Dictamen).

---

(118) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 600

Con ánimo de precisar más sus aseveraciones, el T.I.J. afirma que el sector del Derecho Internacional Humanitario que sin duda forma parte ya del Derecho internacional consuetudinario es el Derecho aplicable a los conflictos armados contenido en los siguientes instrumentos convencionales: Convenios de Ginebra de 1949, Convención IV de La Haya de 1907 y su Reglamento anexo (Leyes y costumbres de la guerra terrestre), Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 1945.

Razona la Corte, en argumento plenamente compartido, que la amplia codificación del Derecho Humanitario y el alcance de la participación en los tratados resultantes de dicho proceso (188 Estados han ratificado, por ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949), así como el hecho de que sus cláusulas de denuncia nunca han sido utilizadas, han permitido a la comunidad internacional disponer de un cuerpo de normas convencionales que, en su gran mayoría, se habían incorporado ya al derecho consuetudinario y que reflejan los principios humanitarios más universalmente reconocidos (apartado 82 del Dictamen).

Desarrollando estos principios, M. Bedjaoui, Presidente del Tribunal Internacional de Justicia, en su Declaración unida al Dictamen consultivo de 8-7-1996 (119), destaca el carácter especialmente exigente del derecho humanitario y su vocación de ser aplicado en todas las circunstancias, concluyendo que el arma nuclear, como arma ciega desestabiliza por naturaleza el derecho humanitario, derecho basado en la distinción en el uso de las armas. Añadiendo que el arma nuclear, mal absoluto, desestabiliza el derecho humanitario en cuanto derecho del mal menor, de forma que la existencia misma del arma nuclear constituye un gran desafío para la propia pervivencia del derecho humanitario, sin contar los efectos a largo plazo nocivos para el medio ambiente humano dentro del respeto al derecho a la vida.

Descendiendo a un terreno más pragmático, H. Meyrowitz (120) expone que en 1968 la III Comisión de la Asamblea General de la ONU conoció un proyecto de resolución que reproducía literalmente los cuatro principios fundamentales formulados por la resolución denominada «Protección de la población civil contra los peligros de la guerra indiscriminada», aprobado por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja, cuyo último apartado disponía: «los principios generales del derecho de la guerra se aplican a las armas nucleares y simila-

---

(119) «Court Internationale de Justice...», ob. cit. p. 1.

(120) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. p. 310

res». En aquella ocasión el representante de la Unión Soviética pidió y obtuvo la supresión de este último apartado, al parecer incompatible con la propuesta de una convención internacional dirigida a la prohibición del uso de las armas nucleares. Por su parte, los Estados Unidos mantuvieron que los cuatro principios constitúan una reafirmación del derecho internacional existente, posición que compartió Francia (tras expresar que la cuestión de las armas nucleares debía ser estudiada en el marco del desarme general) y la Gran Bretaña. Este era el estado del problema, en relación con los intentos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja para el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario antes de la Conferencia Diplomática (1974-1977) convocada para la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados (121).

## 2. El Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra y el empleo del arma nuclear

### a) *Consideraciones generales*

De forma realista el C.I.C.R., a la vista de que el desarrollo de la guerra aérea y el incremento de los bombardeos hacia preocupante la situación de la población civil —al margen del problema de las armas nucleares— ante la ausencia de una definición restrictiva de los objetivos militares, presentó el proyecto de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra sin abordar el problema de la licitud del empleo del armamento atómico (122).

En todo caso, como escribe H. Meyrowitz (123) no es en el texto del Protocolo I donde se debe buscar el estatuto de las armas nucleares según el «*ius in bello*», pues no solamente este texto guarda silencio sobre la cuestión sino que los participantes en la Conferencia Diplomática (1974-1977) tenían prohibido abordar el problema de la aplicación al empleo de las armas nucleares de las reglas que formulaban. Pues este silencio era la

---

(121) «Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés», Genève (1974-1977), Berne, 1978.

(122) C. PILLOUD-J. de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 600. Ver también, WALDEMAR A. SOLF, «New Rules for Victims of Armed Conflicts», M. Nijhoff, 1982, pp. 188-189.

(123) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. p. 311.

condición misma de la reunión y éxito de la Conferencia (124). Y también C. Rousseau señala que las armas nucleares fueron excluidas del campo de los debates de la Conferencia que elaboró los protocolos adicionales de 1977, añadiendo que las tres grandes potencias nucleares (Estados Unidos, Gran Bretaña y URSS) confirmaron por declaraciones unilaterales posteriores que las disposiciones del Protocolo I (sección I del Título IV) no debían ser interpretadas como aplicables al empleo de armas nucleares (125).

La cuestión de la reglamentación de las armas nucleares, escribe Arrassen (126) no fué inscrita en el orden del día de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 —y tampoco en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre prohibición y limitación de ciertas armas convencionales (1980)— por la oposición firme y concordante de las potencias nucleares y de sus aliados y protegidos respectivos, argumentando que se trataba de una materia de la competencia exclusiva de los órganos previstos para la negociación de las medidas de desarme o de control de armamentos.

El C.I.C.R., en la introducción al comentario del proyecto de Protocolo, clarificó su postura explicando que no había incluido en su proposición, excepto en algunas disposiciones generales, una regulación de las armas atómicas, bacteriológicas y químicas. De forma que las disposiciones generales son las ya existentes, convencionales o consuetudinarias, que se confirman en los Protocolos y se encuentran principalmente en el actual artículo 35 (derecho no ilimitado y males superfluos) y en la regla consuetudinaria confirmada por el vigente artículo 48 (protección general de la población civil, distinción entre población civil y bienes civiles de una parte, combatientes y objetivos militares de otra), pues el Protocolo —se razona— no podría evidentemente restringir el alcance de las disposiciones preexistentes (127).

Profundizando en la razón de ser de este silencio sobre la reglamentación de las armas nucleares, H. Meyrowitz (128) agudamente comenta que la mayoría integrada por los Estados no nucleares no habría consen-

---

(125) CH. ROUSSEAU; «Le Droit des conflits...», ob.cit.p.127.

(126) M. ARRASSEN, «Le conduite des hostilités...», ob.cit.p.461.

(127) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob.cit.pp.600-601 Como precedente citan la Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 1965, que había declarado que «los principios generales del derecho de la guerra se aplican a las armas nucleares y similares».

(128) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob. cit. p. 311.

tido jamás la aprobación del Protocolo si hubiera deducido que el conjunto de normas establecidas en esta convención —reglas «reafirmadas» y reglas «desarrolladas»— debía ser entendido como aplicable únicamente al empleo de las armas clásicas, argumentando que la opinión en contra se contradice con los trabajos de la Conferencia Diplomática, es contraria al «consenso nuclear» y desmentida por la «cláusula nuclear».

Hans-Peter Gasser (129) estudia el contexto en que había comenzado la Conferencia Diplomática (1974) para la elaboración de los Protocolos adicionales: No existía una verdadera prohibición del empleo del arma nuclear, pero una pregunta se formulaba regularmente: ¿No se puede deducir una prohibición del arma nuclear en cuanto tal, o por lo menos de su utilización, de las reglas generales del derecho internacional humanitario y particularmente de la prohibición de armas especialmente atroces y de la prohibición de ataques indiscriminados? El Protocolo I no menciona el arma nuclear y, como ya hemos visto, las declaraciones coincidentes de tres potencias nucleares occidentales (no rectificadas por la representación de la Unión Soviética) precisaron que no tenían intención de abordar la cuestión del arma nuclear en el marco de una conferencia diplomática dedicada al desarrollo del derecho internacional humanitario, concluyendo que la historia de la elaboración del Protocolo I lleva a la conclusión de que la Conferencia Diplomática no quiso tocar a las normas jurídicas relativas al empleo eventual del arma nuclear.

El Dictamen consultivo del T.I.J. (8-7-1996) no se detuvo en la cuestión de si el Protocolo Adicional I de 1977 es aplicable a las armas nucleares, pues le bastó observar que, dado que en la Conferencia Diplomática de 1974-1977 no se dedicó ningún debate sustancial al tema nuclear, el Protocolo I no ha reemplazado las normas generales consuetudinarias que se aplicaban a todos los medios y métodos de combate, incluidas las armas nucleares. La Corte, no obstante, se ha creído obligada a recordar que todos los Estados están obligados por aquellas disposiciones del Protocolo I Adicional de 1977 que —en el momento de su adopción— no constituían sino la expresión del Derecho consuetudinario preexistente, como la cláusula Martens recogida en el artículo primero del Protocolo. Ahora bien, el hecho de que la Conferencia Diplomática 1974-1977 no haya abordado concretamente determinados tipos de armas (como las nucleares, añadimos nosotros) impide al Tribunal Internacional llegar a ninguna conclusión jurídica sobre los problemas de fondo que suscitaría el recurso a tales armas.

b) *La exclusión expresa del «Estatuto de las Armas Nucleares» de los debates de la Conferencia Diplomática 1974-1977.*

A lo largo de las cuatro sesiones de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados (Ginebra, 1974-1977) resultó evidente el consenso entre los Estados en relación con la exclusión del debate de la regulación del uso de las armas nucleares en caso de conflicto armado. A esta conclusión llega Waldemar A. Solf en su conocida obra (130), después de examinar detalladamente las posturas mantenidas en la Conferencia por el Reino Unido, Estados Unidos, Unión Soviética, Francia y la India, tanto en las Comisiones como en el Pleno.

En efecto, durante el debate general, cuatro Estados solicitaron expresamente que la Conferencia no entrara a examinar las armas nucleares (131), otros se opusieron a que fueran tratadas cuestiones relativas a armas específicas y, finalmente, algunas delegaciones pidieron que abordara el problema de las armas nucleares para prohibir su empleo. El Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte confirma su posición al declarar que las nuevas reglas introducidas por el Protocolo no están dirigidas a tener efecto alguno sobre las armas nucleares y ni reglamentan ni prohíben su uso. Los Estados Unidos de América hicieron una declaración idéntica y Francia declaró, en las sesiones finales de la Conferencia que no consideraba aplicables a las armas nucleares las reglas del Protocolo.

El consenso presidió muchos de los acuerdos de la Conferencia, pero no impidió que algunos Estados —como la Delegación de la India— al aprobarse las Reglas Fundamentales contenidas en el artículo 35 del Protocolo I, declarase que se sumaba al consenso porque, en su interpretación, estas normas serían de aplicación a todas las categorías de armas, nucleares, bacteriológicas, químicas o convencionales, o cualesquiera otras armas.

Para Hans-Peter Gasser (132), frente al silencio de la Unión Soviética que no expresó su opinión, Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos la hicieron conocer claramente por lo que se refiere a la incidencia del Protocolo Adicional I en el arma nuclear, bajo la forma de declaraciones depositadas durante el «procés verbal» y otros países (Bélgica, Canadá,

---

(129) H. P. GASSER, «Le Droit International...», ob. cit. p. 65.

(130) W.A. SOLF, «New Rules for Victims of Armed Conflicts», M. NIJHOFF, 1982, pp. 188-192.

(131) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. pp. 601-604

(132) H. P. GASSER, «Le Droit International...», ob. cit. p. 65.

España, Italia, Holanda y República Federal de Alemania) en declaraciones interpretativas formuladas en el momento de ratificarlo, sin que tales declaraciones hayan suscitado objeciones.

C. Pilloud y J. de Preux (133), en este mismo sentido, se preguntan si el silencio o falta de reacción de la mayoría de los Estados ante estas declaraciones generales o particulares, positivas o negativas y contradictorias, puede o no interpretarse como una aprobación, concluyendo que aquí no es aplicable la máxima «quien calla otorga», que nosotros formulamos más clásicamente como «qui tacet consentire videtur». Estos autores señalan dos ejemplos de ausencia de debate sobre las armas nucleares, donde no los Estados no plantearon específicamente esta cuestión: el artículo 56 (protección de obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas), donde se incluyeron las centrales nucleares para la producción de energía eléctrica y el artículo 35 (Reglas fundamentales), apartado 3 (protección del medio ambiente natural), donde no se hizo alusión alguna a las armas nucleares pese a que, por su naturaleza, afectan profundamente al medio ambiente natural.

Según estos autores, el único momento en que la Conferencia se preocupó por este problema fue cuando debió definir el mandato conferido a una Comisión «ad hoc» para estudiar ciertas armas convencionales que provocan males superfluos, puesto que ciertas delegaciones propusieron suprimir la palabra «convencionales» para extender a las armas nucleares, bacteriológicas y químicas el mandato de la Comisión. Sin embargo, por amplia mayoría (68 votos contra 0, con 10 abstenciones) la Conferencia aprobó el texto del mandato con la palabra «convencionales». La Comisión «ad hoc» se expresó en este punto de la forma siguiente:

*«Las armas nucleares y otras armas de destrucción masiva son, bien entendido, las más mortíferas. Desde este punto de vista, algunas delegaciones han rechazado la sugerencia según la cual el problema de estas armas y su prohibición eventual debían ser examinados en el marco de los debates sobre el desarme y han pedido que la Conferencia lo incluya en su programa de trabajo. Otra delegación ha deplorado que se haya decidido no tratar de estas armas. Por el contrario, otras numerosas delegaciones han aceptado que los trabajos de la conferencia se limiten a las armas convencionales. Como han destacado algunas delegaciones, las armas nucleares en particular tienen una función especial, que consiste en*

---

(133) C. PILLLOUD-J. de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 602.

*disuadir el desencadenamiento de un conflicto armado de gran envergadura entre algunas potencias nucleares»* (134).

Muy sugerente es la postura de H. Meyrowitz (135) que considera hoy definitivamente establecida lo que llama la trinidad : Protocolo I —«consensus» nuclear— «cláusula nuclear», aunque el silencio del texto del Protocolo I en relación con el régimen de las armas nucleares según el derecho de la guerra haya podido desconcertar a los primeros comentaristas, que han interpretado el mutismo de esta convención como que sus disposiciones se aplican integralmente y sin distinción a las armas clásicas y nucleares. El Protocolo, sigue este autor, no prohíbe ninguna clase específica de armas, pues sus normas relativas a los medios y métodos de guerra no vetan ninguna categoría concreta de armas, sino que definen los objetivos militares (únicos blancos lícitos) y las restantes condiciones de legalidad de los ataques, con sus tres principios básicos: el principio de inmunidad de la población civil y de los bienes civiles, el principio de distinción y el principio de proporcionalidad de las pérdidas y daños civiles indirectos (o colaterales). Y para dar respuesta a la pregunta fundamental —¿En que medida las reglas establecidas en el Protocolo I son aplicables al empleo del arma nuclear?— H.Meyrowitz considera necesario examinar el «consensus» nuclear y la «cláusula nuclear».

### c) *El Consenso Nuclear*

Algunos autores (136), sin embargo, estiman que no se puede hablar de un consenso en el sentido jurídico actual del término, puesto que a lo largo de la Conferencia no ha habido debate en relación con las armas nucleares, pero se han adoptado posiciones por lo que podría decirse que el asunto ha sido abordado, al menos marginalmente. Aunque el silencio, en materia jurídica, es siempre difícil de interpretar, ¿se puede hablar de un acuerdo tácito? ¿Ha existido fuera de la Conferencia un acuerdo entre los principales Estados interesados? Es evidente que alguno de los Estados que dispone de armas nucleares no ha querido examinar, durante la Conferencia, una reglamentación o limitación eventual de su utilización y que es incontestable la existencia de un acuerdo en la Conferencia para no discutir sobre las armas nucleares.

---

(134) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob. cit. p. 603.

(135) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. p. 312.

(136) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...»,ob. cit. p. 603.

H. Meyrowitz se apoya en la autoridad de F. Kalshoven (137) para mantener su expresión «consensus» nuclear, término que liga a la llamada «cláusula nuclear» (138) que sólo aparece en los documentos oficiales seis meses después de la adopción del Protocolo I y, en su opinión, es capital para entender el estatuto de las armas nucleares según el derecho de la guerra. Para este autor en la cláusula nuclear, expresión auténtica del «consensus nuclear», está la llave de la respuesta a la cuestión de que en que medida las reglas del Protocolo I se aplican a la utilización de las armas atómicas.

Matizan C. Pillaud y J. de Preux (139) que no se puede sostener que el Protocolo, al retomar las reglas consuetudinarias en la materia, ha excluido las armas nucleares de su campo de aplicación. Sin que exista contradicción entre este aserto y las declaraciones hechas por el Reino Unido y los Estados Unidos el día 12 de diciembre de 1977, en el momento de la firma del Protocolo. La declaración británica habla expresamente de «nuevas» reglas y admite implícitamente que las reglas «reafirmadas» en el Protocolo se aplican a las armas nucleares. Y la declaración norteamericana aún cuando es menos clara en este punto, ha sido interpretada en el mismo sentido que la británica por autores cualificados (140) y por el propio Manual americano «The Law of Land Warfare» (141).

En definitiva el «consensus» nuclear se basa en las declaraciones formuladas durante la Conferencia Diplomática por los jefes de las delegaciones de las tres potencias nucleares occidentales, destacando que los trabajos de la Conferencia no inciden sobre las armas nucleares y la aceptación tácita de las delegaciones de los Estados no nucleares. Pero, para H. Meyrowitz (142), la prueba más pertinente del «consensus» nuclear consiste en las declaraciones escritas de Estados Unidos y de la Gran Bretaña en 1977 (la «cláusula nuclear») y de sus aliados que, al ratificar el Protocolo I, reproducen la cláusula nuclear, unido al hecho de la ausencia de objeciones o de declaraciones interpretativas contrarias de otros Estados partes.

---

(137) FRITS KALSHOVEN, en ASIL, Proc. 74th Annual Meeting 203 (1980).

(138) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.313.

(139) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob.cit.pp.603-604

(140) George H. ALDRICH, Jefe de la Delegación americana en la Conferencia Diplomática 1974-1977, «Prospects for United States ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions», en «The American Journal of International Law» enero 1991, Vol.85, núm. 1, p. 2 ss.

(141) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...», ob.cit.p.604.

(142) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.313.

Para este autor, el «consensus» nuclear se prolonga a través de las «cláusulas nucleares» durante años (nueve, diez, doce o trece años, precisa) después de la adopción del Protocolo I, citando en apoyo de su tesis la posición del Gobierno de la República Federal de Alemania (respuesta a una interpelación escrita en el Bundestag por parte del Grupo de los Verdes). De tal consenso deduce que el centenar (exactamente 147 países en enero de 1997) de Estados Partes en el Protocolo I no están obligados sólo por sus disposiciones sino por el contenido del consenso nuclear, añadiendo que un Estado nuclear futuro que no sea Parte en el Protocolo se encuentra —por lo que se refiere a las reglas del derecho de la guerra aplicables al uso de las armas nucleares— en la misma situación que las potencias nucleares actuales que ratificaron el Protocolo sin hacer declaraciones relativas a las armas nucleares (Unión Soviética o China), que las tres potencias nucleares occidentales (Estados Unidos, Reino Unido o Francia) que no son partes en tal convención o que futuros Estados nucleares Partes en el Protocolo, con o sin cláusula nuclear.

A la tesis de que el Protocolo I no modifica, sino que reafirma y precisa, el derecho existente por lo que se refiere a la utilización de armas en un conflicto armado, C. Pilloud y J. de Preux (143) oponen la hipótesis de Estados que, adhiriéndose al Protocolo, se obligaran sin querer sobre una cuestión tan esencial como la utilización del arma nuclear. La voluntad de no abordar durante la Conferencia Diplomática esta cuestión es determinante de este punto de vista, difícilmente compartible.

Se ha esgrimido contra la realidad del consenso nuclear la postura de Francia frente al Protocolo I, pues este Estado nuclear no firmó ni se adhirió a esta norma convencional, ni siquiera formuló declaración sobre la aplicación del Protocolo a las armas nucleares. Por el contrario Francia, se adhirió al Protocolo II (relativo a los conflictos armados no internacionales) y formuló una comunicación respecto al Protocolo I justificando su rechazo a ser Parte en el mismo, precisamente por la ausencia de consenso entre los Estados Partes en cuanto a las obligaciones asumidas en materia de disuasión, cuestión básica para la doctrina estratégica nuclear francesa. Sin embargo, para H. Meyrowitz (144) importa poco que el gobierno francés rechace el consenso nuclear, pues Francia está obligada por el contenido de ese consenso. Y ello, según este autor, porque no es constitutivo de un vínculo jurídico que los Estados nucleares son libres de aceptar o rehusar, sino que se trata de un régimen jurídico objetivo, de natura-

---

(143) C. Pilloud-J de Preux, «Commentaires...», ob.cit.p.605.

(144) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.p.315.

leza no contractual, integrado (por lo que se refiere al empleo de las armas nucleares) por las normas consuetudinarias del derecho de la guerra, pre-existentes a su reafirmación en el Protocolo I.

d) *La cláusula nuclear. Especial referencia a la española de 1989*

Ya hemos visto como, en el momento de la firma de los Protocolos Adicionales de 1977, le Reino Unido y los Estados Unidos confirmaron su postura a lo largo de toda la Conferencia Diplomática mediante sendas declaraciones destinadas a precisar el alcance de las normas del Protocolo I en relación con las armas nucleares (145). La cláusula anglo-americana comprende, para un destacado monografista (146), dos elementos: la no aplicación al empleo de armas nucleares de las reglas nuevas introducidas por el Protocolo y la confirmación del sometimiento de la utilización de las armas atómicas a las reglas preexistentes (consuetudinarias) reafirmadas por el mismo Protocolo, sin que disminuya en nada la fuerza de la cláusula el hecho de que las dos potencias citadas no hayan ratificado los Protocolos, puesto que el contenido de la cláusula es independiente del consentimiento de los Estados nucleares. Y al tratarse de normas consuetudinarias, se añade, estas reglas regulan tanto el empleo de armas nucleares como clásicas, «porque la legalidad de los ataques no está en función de la naturaleza de las armas empleadas, sino de la naturaleza de los blancos y de las modalidades de ejecución de los ataques» (147).

Esta posición anglosajona conduce al planteamiento de la espinosa distinción entre las normas (consuetudinarias o convencionales) preexistentes al Protocolo I Adicional de 1977 y las reglas nuevas o innovadoras que, naturalmente no constituyen aún normas consuetudinarias no deriva su fuerza de una norma convencional oponible a tales potencias nucleares. En tal sentido, afirma H.P. Gasser (148) que, por sus declaraciones a la Conferencia Diplomática, los representantes de las tres potencias nucleares occidentales han afirmado en todo caso de manera expresa que el recurso a las armas nucleares estaría sometido a las reglas generales de derecho humanitario que limitan el empleo de armas específicas y el silencio de la Unión Soviética y de China durante el debate de esta cuestión no debe ser interpretado como un rechazo de esta proposición. Y H.

---

(145) W.E. Solf, «New Rules of Victims...», ob.cit.p.188. C. Pilloud-J.de Preux, «Commentaires...», ob.cit.pp.601-602.

(146) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.315.

(147) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.316.

(148) H.P. GASSER, «Le Droit International...», ob.cit.p.66.

Meyrowitz (149) comentando la cláusula angloamericana, añade que allí se indica —y considera importante esta precisión— que para conocer el contenido de las reglas «reafirmadas», aplicables a la utilización de armas nucleares, se debe partir del texto de las disposiciones enumeradas en el Protocolo, superando la referencia a los simples principios.

Destaca H. Meyrowitz (150) que entre los once de los dieciséis Estados de la OTAN que han ratificado el Protocolo I, cinco lo han hecho sin declaración relativa a las armas atómicas (Noruega, Dinamarca, Islandia, Grecia y Luxemburgo), mientras que han formulado declaraciones interpretativas en el momento de ratificarlo Italia, Bélgica, Holanda, España y República Federal de Alemania, con una redacción de la «cláusula nuclear» que difiere de angloamericana de 1977. A los que hay que sumar a Canadá y Portugal más recientemente.

Concretamente, Canadá, al ratificar los Protocolos hizo la siguiente declaración interpretativa: «Según la interpretación del Gobierno de Canadá, las normas introducidas por el Protocolo I están concebidas para aplicarse exclusivamente a las armas clásicas. En particular, las normas así introducidas no tienen ningún efecto sobre el recurso a las armas nucleares, que no reglamentan ni prohíben (151).

En el Boletín Oficial del Estado núm. 241 de 7 de octubre de 1989, se publicaron las Reservas y Declaraciones de los diversos Estados que, como España (que ratificó los Protocolos por Instrumento de 11 de abril de 1989), los formularon. Concretamente la Santa Sede declaró: «No puede evitarse pensar que las medidas previstas en el Convenio de Ginebra, y ahora en los dos Protocolos Adicionales —medidas que son ya por sí mismas instrumentos frágiles para la protección de las víctimas de los conflictos armados de índole internacional resultarían no sólo insuficientes, sino por completo inadecuadas ante la devastación aniquiladora de una guerra nuclear».

Hay que destacar la identidad de la Declaración Interpretativa que se denominó «cláusula nuclear» formulada por Bélgica, Italia, Países Bajos, República Federal de Alemania y España. Reproducimos la Declaración Interpretativa de España: «Entiende (el Gobierno del Reino de España) que este Protocolo, en su ámbito específico, se aplica exclusivamente a las armas convencionales, y sin perjuicio de las normas de Derecho Internacional aplicables a otro tipo de armas».

---

(149) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.316.

(150) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.317.

(151) Revista Internacional de la Cruz Roja, ene-feb-1991, p.81.

H. Meyrowitz (152) critica la redacción de esta cláusula caracterizada, en primer lugar, por la eliminación de la frase «armas nucleares» por razones políticas, aunque para el autor los destinatarios de la declaración saben que la cláusula no tiene otro sentido que el de su precedente: la cláusula angloamericana de 1977. En segundo término, por un defecto evidente de lógica en la construcción de la frase que se refiere a las reglas introducidas por el Protocolo I (que se aplicarán únicamente a las armas convencionales), preguntándose si se aplicarán o no las reglas reafirmadas por el Protocolo. De manera que la expresión «normas de Derecho internacional aplicables a otro tipo de armas» no es la correlativa de «reglas introducidas por el Protocolo I». En este mismo sentido, J. Sánchez del Río (153) censuró abiertamente la redacción de la cláusula española, porque va más allá incluso que las de los Estados Unidos y Reino Unido, que no excluyen la aplicación del Protocolo —o de partes de él— en el supuesto de utilización del arma nuclear. Pero la declaración española por el contrario, añade el autor, siguiendo la postura maximalista de Francia, es radical: el Protocolo sólo se aplica a la guerra con armas convencionales y, «a sensu contrario» no es aplicable en cuanto se utilicen armas nucleares (y biológicas).

Curiosamente la ratificación de los Protocolos Adicionales de 1977, aprobados por unanimidad en el Congreso de los Diputados (Pleno del día 17-11-1988) con 186 votos a favor (154) y ninguno en contra, no suscitó el esperado debate sobre la cuestión nuclear, acaso porque no fué bien comprendida la frase «armas convencionales», que dió lugar a las más peregrinas interpretaciones. Así, el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Exteriores (155) nos ofrece la siguiente versión de un diputado sobre la «cláusula nuclear»: «Viene este documento a instrumentalizar, con el apoyo de la parte española, todo lo que es una determinación de perfiles de las partes que están implicadas, aquellas instituciones humanitarias como la Cruz Roja, el Creciente o Media Luna Roja o el León y El Sol Rojo, según las instituciones territoriales del mundo por sus valores o creencias religiosas, humanitarias o laicas, para

---

(152) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.317-318.

(153) F.Javier SÁNCHEZ DEL RÍO SIERRA, «La ratificación por España de los Protocolos de 8 de junio de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949», En Revista Española de Derecho Militar núm.54,jul-dic.1989. Tomo I, p.24.

(154) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados,num.148, (17-11-1988),Sesión Plenaria de 17-11-1988, p. 8702.

(155) Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones. Asuntos Exteriores. Num.349.Sesión del 21-10-1988, p.11875.

todo ese personal que va a tener que prestar una protección, incluso con la intervención de las Fuerzas Armadas; *aquí está la salvedad española de que se puede entender por armamento convencional para aquellas unidades de tropas de La Cruz Roja, en el caso europeo, que tienen necesidad de autoprotección con armamento ligero, pero que era necesario que fuera reconocida por todas las partes en litigio*» (el subrayado y la negrita son nuestros). Después de oír tal interpretación, ya no resultó extraño que el diputado defensor de la ratificación de los Protocolos fuese felicitado por el Sr. Vicepresidente de la Cámara por su «como siempre documentada exposición». El dictamen sobre los Protocolos, naturalmente, fué aprobado por unanimidad.

Justamente esta declaración interpretativa suscitó una contundente crítica de la mejor doctrina. Así, J. Sánchez del Río (156) consideró que desvirtúa, en gran parte, la finalidad fundamental del Protocolo y muestra, además, que «el redactor de la declaración ha copiado, pero ha copiado muy mal». Para el autor las posturas de las potencias nucleares occidentales son más que discutibles, pues no se excluyó nunca una regulación de la utilización de los medios y modos de combatir, de carácter «protector», que intenta paliar los terribles efectos de la guerra sobre las víctimas civiles del conflicto. Añade que la torpeza de la declaración aumenta si se tiene en cuenta que España afirma una política antinuclear, sin que sea decisivo el argumento de seguir la misma dirección que nuestros aliados de la Alianza Atlántica, pues ni la OTAN se ha pronunciado ni hay unanimidad entre sus miembros pues Dinamarca, Islandia y Noruega han ratificado el Protocolo sin especificación alguna sobre el asunto. También merece censura para Sánchez del Río el empleo de la expresión «en su ámbito específico» para referirse a su exclusiva aplicación a las armas convencionales, concluyendo que es una declaración interpretativa que no interpreta, aclaratoria que introduce confusión y comprensiva de una política que, al menos en apariencia, es radicalmente opuesta a la política que mantiene el Gobierno que la formula. Y finalmente estima que la declaración es una verdadera reserva incompatible con el fin y objeto del tratado, por lo que —en opinión que reconoce enfrentada a la de Waldemar Solf (157)— cae de lleno en el apartado c) del artículo 19 del Convenio de Viena sobre los Tratados, puesto que puede realmente desvirtuar el propio Instrumento al que se refiere. Con independencia de no sea compatible la totalidad de la postura crítica de tan relevante autor ante el texto de la

---

(156) F. J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...», ob.cit.pp.22-26

(157) W. SOLF, «New Rules of Victims...», ob.cit.p.191.

declaración interpretativa española, es de alabar el sólido fundamento ius-humanitario en que se apoya para censurar la «prudencia» de nuestro Gobierno «siguiendo, ciegamente, el dictado de otros mas fuertes que, digámoslo con franqueza, tampoco tienen razón» (158).

e) *Consideraciones generales sobre la incidencia del Protocolo I en el uso del arma nuclear*

Una primera aproximación, desde el punto de vista doctrinal, aunque sin citar expresamente el Protocolo I, nos la ofrece J. Pictet (159) para quien, en ausencia de textos expresamente dedicados a regular el uso de las armas atómicas, se atiende a los principios generales del derecho. El eje para la distinción que este autor nos propone consiste en diferenciar las armas nucleares estratégicas de las tácticas, es decir: la bomba de gran potencia (arma estratégica) y el proyectil de cañón (arma táctica). Si se considera la bomba nuclear se observa una diferencia de naturaleza (no solo de grado) con los proyectiles clásicos, porque tiene no solamente efectos mecánicos, sino térmicos, radioactivos y genéticos. Añade —y esto es lo relevante— que los estragos que causa son evidentemente desproporcionados con respecto a la finalidad de la guerra, ya que aniquila todo género de vida en una gran superficie y los sufrimientos que origina son indudablemente excesivos, ya que produce quemaduras atroces y condena a la muerte lenta a quienes no mata instantáneamente.

Sin embargo, para este autor, «apenas puede verse», en el estado actual del derecho, en virtud de que se podrían prohibir —si no es a causa del gran riesgo de «escalada» que implican— las armas nucleares tácticas, si se consigue fabricarlas «limpias», que es posible dirigir con precisión contra los objetivos militares y cuyos efectos son limitados en el tiempo y en el espacio.

Entrando ya en el análisis del Protocolo I, advierte H. Meyrowitz (160) que la trinidad Protocolo —«consensus» nuclear— cláusula nuclear prueba que no se ha formado ni una regla consuetudinaria derogatoria, ni una regla convencional exceptuando el empleo de armas atómicas del derecho general, consuetudinario, de la guerra. Y añadiendo que ninguna de las cinco potencias nucleares ha pretendido jamás, ni osará pretender, que el empleo de las armas nucleares fuera sustraído de las normas consuetudi-

(158) F.J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...», ob.cit.p.39.

(159) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit.pp.66-67.

(160) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.314-315

narias aplicables a los ataques, del mismo modo que un Estado nuclear nuevo, parte o no en el Protocolo, no podría reivindicar tal licencia.

C. Pillaud y J.de Preux (161) escriben con acierto que el Protocolo I no ha anulado las reglas generales aplicables a todos los métodos y medios de combate, reglas que han sido incorporadas al propio Protocolo. Así, las disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907 que establecen que los beligerantes no tienen un derecho ilimitado de elegir los medios de dañar al enemigo, que está prohibido emplear armas, proyectiles o materias capaces de causar males superfluos. Añaden que el Protocolo ha respetado también la regla consuetudinaria que se encuentra en la base misma de las leyes y costumbres de la guerra, es decir el principio de distinción entre los combatientes y los objetivos militares, de una parte, y de otra la población civil y los bienes civiles. Cualquiera que sea la opinión que se pueda mantener sobre la extensión de la aplicación del Protocolo I, estas reglas son enteramente válidas y se continúan aplicando a las armas nucleares como a todas las demás armas.

En definitiva, como apunta H.P. Gasser (162), el Protocolo I no modifica la situación jurídica preexistente, lo que no significa que en algún caso el empleo del arma nuclear no esté libre de toda limitación jurídica, pues es incontestable que las reglas generales de derecho internacional se le aplican, tanto el derecho internacional convencional (Convenios de Ginebra) como las reglas del derecho consuetudinario.

Parece pues doctrinalmente fundada la opinión de que las armas nucleares no se benefician de ningún privilegio jurídico, puesto que — como escribe H. Meyrowitz (163)— *ni sus propiedades físicas ni metafísicas, no les eximen de la autoridad del derecho común de la guerra. Pero al profundizar en esta materia la gran dificultad consiste en determinar que disposiciones del Protocolo I pueden considerarse integrantes del derecho consuetudinario preexistente que resulta «reafirmado» por el Protocolo I y, por tanto, aplicable al armamento nuclear. Añadiendo este autor que las dificultades son incomparablemente más graves cuando se trata de armas nucleares, pues una divergencia de buena fe sobre la calificación de una norma del Protocolo (en un mismo texto y hasta en una misma frase) como «nueva» (introducida por la Conferencia Diplomática en el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario que toda codificación comporta) o «reafirmada» (regla consuetudinaria preexistente) se*

---

(161) C.PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaires...»,ob.cit.p.603.

(162) H.P. GASSER, «Le Droit International...»,ob.cit.pp.65-66.

(163) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...»,ob.cit.pp.318-319

puede traducir en centenares de millares o millones de pérdidas de vidas humanas entre la población civil.

Sobre esta materia al menos ha sido clara la postura del Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen consultivo (8-7-1996) que comparte la opinión mayoritaria de los Estados y de la doctrina al entender que el Derecho Humanitario —a pesar de que las Conferencias de Ginebra de 1949 y de 1974-1977 no abordaron específicamente las armas atómicas— es aplicable a las armas nucleares. Razona la Corte que, aunque existen diferencias cualitativas y cuantitativas entre las armas nucleares y todas las armas convencionales, no se infiere de ello que los principios y normas del Derecho Humanitario aplicables a los conflictos armados no se aplican a las armas nucleares, pues tal conclusión desconocería la naturaleza intrínsecamente humanitaria de los principios jurídicos en juego, que impregna todo el derecho de los conflictos armados y se aplica a todas las formas de hacer la guerra y a todas las armas: las del pasado, las del presente y las del futuro.

Pone de relieve el Tribunal que ninguna de las exposiciones presentadas ante la Corte ha postulado una libertad de recurso a las armas nucleares sin tener en cuenta los límites humanitarios, citando expresamente la postura de la Federación de Rusia, Reino Unido y los Estados Unidos de América. Y concluye que la tesis de que las reglas de Derecho Humanitario no se aplicarían a las nuevas armas no fué siquiera invocada ante el Tribunal y, por el contrario, fué rechazada expresamente en cuanto opuesta al siguiente principio: «En general, el Derecho Internacional Humanitario se ocupa de la amenaza o uso de armas nucleares como hace respecto de otras armas».

En consecuencia, como ya hemos constatado antes, no tuvo dificultad el Tribunal para aprobar por unanimidad el apartado D de su Dictamen consultivo con la siguiente redacción: «El recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares también deberá ser compatible con los requisitos del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, en particular con los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario, así como con las obligaciones específicas que se desprenden de instrumentos convencionales o de otros compromisos que se ocupen expresamente de las armas nucleares» (164).

---

(164) Conclusión que mereció el juicio favorable del CICR a través de la Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 136, jul-agos. 1996, p. 537.

f) *Análisis específico del artículo 51 del Protocolo I de 1977*

No se necesitan grandes reflexiones doctrinales para comprender la importancia del artículo 51 del Protocolo I Adicional de 1977 en cuanto arbitra un completo sistema de protección de la población civil frente a los ataques y peligros procedentes de las operaciones militares. El precepto está incluido dentro de esa Sección I del Título IV del Protocolo dedicada a la protección general de la población civil contra los efectos de las hostilidades que, según J.de Preux (165) representa la obra maestra de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 y la conquista más significativa del Derecho Internacional Humanitario. Y, en la misma órbita, H-P. Gasser (166) destaca que si bien el Protocolo I no menciona el arma nuclear, el artículo 51 codifica la prohibición de lanzar ataques indiscriminados.

Sobre este artículo se publica en Berlín (1985) un importante trabajo de Horts Fischer (167) que lleva por título «La utilización de las armas nucleares según el artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. El Derecho Internacional entre las medidas humanitarias y las necesidades político-militares». Sostiene esta autor, en sus conclusiones, que el análisis del citado artículo 51 ha dejado ver que está ampliamente excluido el uso de las armas nucleares, como consecuencia de la prohibición de los ataques y a causa de sus excesivos efectos. La consideración de supuestos de uso imaginable de armas nucleares, dentro de los razonamientos para su prohibición por sus excesivos efectos, permite al autor precisar el resultado general de la tesis en tres conclusiones: 1ª. La utilización de las armas nucleares como medio de combate está excluida. 2ª. Es inadmisibile el uso de armas nucleares contra la población civil en concepto de represalias. 3ª. El primer ataque nuclear está prohibido, independientemente de su legitimidad conforme al Derecho de la paz, como prototipo de ataque que produce efectos excesivos.

Por lo que se refiere a la exclusión del arma nuclear como medio de combate, Horts Fischer estudia las nuevas concepciones en la dirección de la guerra, las estrategias nucleares de las superpotencias y las caracterís-

---

(165) J.de PREUX, «Commentaire...», ob.cit.p.593.

(166) H.P. GASSER, «Le Droit International...», ob.cit.p.65.

(167) HORTS FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen nach art. 51 des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1949. Volkerrecht zwischen humanitarrem anspruch und mili tarpolitischer notwendigkeit», Disertación inaugural para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad del RUHR en Bochun Berlín, 1985.

ticas de un primer ataque con armas nucleares en la acción bélica de los años noventa, que hace necesario conseguir la iniciativa en un plazo certísimo y emplear tales armas lo más pronto posible y tan ampliamente como sea posible para no dejar al enemigo ninguna opción de victoria. Sin embargo, esta utilización de las armas nucleares no es posible —según la opinión del autor— debido a las restricciones impuestas por el artículo 51 del Protocolo. En efecto, la prohibición establecida en el número 4, párrafo c) del mencionado precepto (son ataques indiscriminados los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido en el presente Protocolo y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil) al ocasionar las armas nucleares reacciones radioactivas, obliga al mando militar a modificar la altura de la explosión del arma de manera que, para atacar a los objetivos militares, no se llega a conseguir la necesaria precisión. Si se trata de objetivos militares en movimiento, se deben tener en cuenta las obligaciones de identificación, pues son ataques indiscriminados los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto (núm. 4, apartado a) del art.51).

En los supuestos en que el atacante cumpla con los requisitos establecidos en los apartados a) y c) del número 4 del artículo 51, deberá tenerse en cuenta —además— la norma prevista en el número 5, apartado a), que considera indiscriminados los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil. En la Europa Central densamente poblada, razona el autor, el uso de las cabezas de combate con gran potencia explosiva estarán normalmente sometidas a la prohibición del artículo 51, núm. 5, apartado a).

En definitiva, para H. Fischer si los Estados quieren respetar las limitaciones legales en el uso de su estrategia nuclear, han de rechazar —desde el primer momento— toda la planificación ofensiva de la guerra nuclear. Pero es que, además, las restricciones impuestas por el artículo 51 tienen también repercusión sobre las consecuencias de una amenaza de primer uso selectivo de armas nucleares. En tal supuesto, los usuarios de tales armas deberían sujetarse a las limitaciones establecidas en el Protocolo I. Ciertamente hay posibilidad de que una utilización selectiva respete las disposiciones del Protocolo I, de forma que puede darse la condición previa para el uso de las armas nucleares como «arma política»,

aunque siempre su utilización debe ser selectiva. Ahora bien, si solo puede alcanzarse la efectividad con un primer uso combinado con una amenaza de escalada, tal opción no puede realizarse bajo el punto de vista legal en la Europa Central y la política tendrá que decidir si la disuasión, dentro del marco legalmente establecido, sería bastante para asegurar la paz.

Analiza H. Fischer, a continuación, la prohibición de lanzar ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles (art. 51, núm. 6), estimando que con tal precepto peligra el «equilibrio del segundo ataque», pues el progreso humanitario conseguido en favor de la población civil al prohibir las represalias peligra si el agresor cuenta con la conducta legal del atacado y puede utilizar sus armas nucleares sin que peligre su propia población civil. De forma que, ante las limitaciones del Protocolo I, la prohibición de las represalias puede llegar a ser un estímulo para el uso de armas nucleares.

La investigación del artículo 51 del Protocolo I muestra, para H. Fischer, la amplitud con que se reducirían las consideraciones estratégicas de los Estados nucleares ante los nuevos desarrollos legales, encontrándose los responsables políticos ante la elección de aceptar las limitaciones convencionales o bien, a través de la formulación de reservas, hacer retroceder los avances del Derecho Internacional Humanitario y mantener así la inseguridad legal frente a las armas nucleares. Si los Estados nucleares no se apartan en un futuro cercano de su política de seguridad orientada tecnológica y fijada ideológicamente por restricciones legales, será una señal clara de la infravaloración de los intereses humanitarios de la población civil propia y enemiga, pues las peligrosas ilusiones alimentadas por el progreso técnico sobre la limitación, conducción y éxito de una guerra nuclear, son el mayor enemigo de las consideraciones humanitarias en los conflictos armados.

Y aunque, como escribe K.J. Partsch (168), se ha razonado muy bien que estas cuestiones están fuera del tradicional ámbito o campo del Derecho Humanitario, ello es cuestionable por los resultados producidos supuestamente por tal prueba, en cuanto a la protección de la población civil de los ataques, especialmente por el uso de armas nucleares que afectan a esta población.

Analizando el derecho de los conflictos armados, M. Guillaume, al expresar su «Opinión individual» anexa al Dictamen consultivo del T.I.J. (169) destaca que, si los daños colaterales causados a las poblaciones civi-

---

(168) Karl Josef PARTSCH, «New Rules of Victims...», ob.cit.p.572

(169) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.p.3.

les no debe ser «excesivos» en relación con «la ventaja militar prevista» y los sufrimientos causados a los combatientes no deben ser superiores a los males inevitables necesarios para alcanzar los objetivos militares legítimos, las armas nucleares de destrucción masiva no deberían ser utilizadas de manera lícita más que en casos extremos.

Volviendo a la literalidad del artículo 51 del Protocolo I, opina H. Meyrowitz (170) que algunas reglas sobre los ataques —íntegramente nuevas— son fáciles de distinguir, como la prohibición de represalias contra la población civil o las personas civiles (arts. 51 a 56). Con la consecuencia de que, al tratarse de las más innovadoras reglas de desarrollo, la prohibición de tales represalias escapa a los efectos de la cláusula nuclear, sin que —por tanto— pueda ser aplicable al empleo de las armas nucleares.

Mayores problemas plantean a este autor los artículos más importantes relativos a las prohibiciones y limitaciones impuestas en el planeamiento y ejecución de los ataques, puesto que los artículos 51 y 52 del Protocolo I se presentan bajo la forma de reglas mixtas, en las los elementos de derecho consuetudinario y los elementos nuevos se encuentran no solo yuxtapuestos, sino mezclados. Y, naturalmente, discernir estos dos elementos está repleto de dificultades y da lugar a controversias. Sin embargo, este autor no es pesimista: Pues por grande que sea esta dificultad, no podría hacer que el contenido de las disposiciones de los artículos 51 y 52 pudiera ser reducido a los principios que, antes del Protocolo, los Estados habían reconocido aplicables al empleo de las armas nucleares.

No podemos compartir enteramente tal conclusión, pues —aún admitiendo la necesidad real de distinguir entre reglas del Protocolo «nuevas» y «reafirmadas» (como consecuencia de los condicionantes que presidieron la elaboración del Protocolo I en la Conferencia Diplomática 1974-1977, del consenso nuclear y de la denominada cláusula nuclear)— tal obstáculo formal no puede desvirtuar la aceptación universal (no olvidemos que 147 Estados han ratificado el Protocolo I) de los principios de distinción y proporcionalidad en la protección de la población civil, asumidos por todos los Estados como expresión —consuetudinaria o convencional— de los límites infranqueables que ha alcanzado de forma irreversible el Derecho Internacional Humanitario.

E. Rauch (171) estudiando el principio de proporcionalidad según el derecho internacional consuetudinario ha advertido que el artículo 51

---

(170) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit, pp.319-320

(171) Elmer RAUCH, «Le concept de nécessité militaire dans le Droit de la guerre», Ankara, octubre 1979, pp.230 y 236.

núm. 4 del Protocolo I reproduce no solamente las normas en vigor, sino que contiene un desarrollo esencial del derecho internacional humanitario, habiendo disminuido considerablemente el concepto de necesidad militar bajo la influencia del derecho humanitario. En otros términos, concluye este autor que el equilibrio difícil de asegurar entre las necesidades militares y las consideraciones humanitarias está descompensado, el péndulo se ha inclinado del lado del humanitarismo.

Por su parte, F. Kruger-Sprengel (172) escribe que la regla de proporcionalidad, como norma de derecho consuetudinario, está reconocida en la prescripción contenida en el artículo 51. núm. 5 apartado b) es decir: la consideración como indiscriminados de los ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil (o ambas cosas), que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. En cuanto a la interpretación de las disposiciones nuevas, la cuestión esencial es saber si la regla de la proporcionalidad debe jugar únicamente en relación con la protección humanitaria o si puede tener como consecuencia la limitación de la libertad de acción de los jefes militares, concluyendo que aunque los actos de hostilidad respondan a un criterio de necesidad militar, pueden ser considerados como ilícitos en virtud de la regla de proporcionalidad si los daños colaterales que causan son excesivos.

#### *g) Otros preceptos del Protocolo I de 1977*

Algunos autores como Arrasen (173) fundamentan en los artículos 35, 51, 52, 55 y 56 del Protocolo I su tesis sobre la prohibición del uso del arma nuclear como arma que causa males superfluos y con efectos altamente indiscriminados, sin ofrecer mayores concrecciones. Otros unen el problema de la licitud en la utilización del armamento atómico a la posibilidad de restringir sus efectos a objetivos militares conforme a las reglas de protección de la población civil y bienes de carácter civil, con cita de los artículos 48, 51 y 57 del Protocolo I, añadiendo Pérez González con acierto (174) que se trata de algo aleatorio dada la especial virtualidad del arma nuclear (expansividad y difícil control de sus efectos) y la propia idea de escalada.

---

(172) Friedrichhelm KRUGER-SPRENGEL, «Le concept de proportionnalité dans le Droit de la guerre», Ankara, octubre 1979, pp.189, 190 y 196.

(173) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...», ob.cit.p.446.

(174) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.363.

En apoyo de su hipótesis, según la cual los principios reafirmados en el Protocolo no prohíben el uso de armas nucleares durante un conflicto armado, pero restringen muy seriamente su utilización, C. Pilloud y J. de Preux (175) citan los principios y reglas siguientes:

— La prohibición de emplear armas, proyectiles o materias así como métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (art.35.2)

— La obligación de las partes en un conflicto de hacer en todo momento distinción entre la población civil y los combatientes (art.48).

— La prohibición de los ataques indiscriminados (art.51.4).

— En particular, los ataques por bombardeo, cualquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, en un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil (art.51.5, apartado a).

— Los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar directa prevista (art. 51. 5. apartado b).

De nuevo H. Meyrowitz (176) nos ilustra sobre cuales de las reglas del Protocolo I relativas a los ataques son integralmente nuevas, fáciles de distinguir como la ya vista prohibición de represalias de los artículos 51 a 56, el artículo 49 que extiende la aplicación de las disposiciones que reglamentan los ataques al territorio nacional que pertenezca a una Parte en conflicto, pero que se halle bajo control de una Parte adversa, el artículo 54 prohibiendo atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y el artículo 55 vetando la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños (extensos, duraderos y graves) al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. Aún cuando el autor reconoce que los artículos 54 y 55 reafirman indudablemente principios básicos de derecho consuetudinario.

Y también este autor reitera, en relación con otros artículos del Protocolo I, su opinión de que los preceptos más importantes, relativos a las prohibiciones o limitaciones impuestas en el planeamiento y ejecución de los ataques, como los artículos 51, 52 y 57 (que traduce en medidas de precaución en los ataques las prohibiciones antes formuladas) se presen-

---

(175) C. PILLLOUD-J.de PREUX, «Commentaire...», ob.cit.pp.605-606

(176) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...»,ob.cit.p.319.

tan bajo la forma de reglas mixtas donde los elementos de derecho consuetudinario se mezclan con los elementos nuevos, planteando considerables dificultades su separación.

#### h) *La protección del medio ambiente y el uso del arma nuclear*

El Protocolo I Adicional de 1977 se refiere como novedad y en dos preceptos fundamentales a la protección del medio ambiente natural en caso de conflicto armado, citado con frecuencia por gran parte de la doctrina (177).

Philippe Antoine, Adam Roberts y Antoine Bouvier han escrito recientemente (178) sobre esta materia, profundizando sobre la protección del medio ambiente en período de conflicto armado a través de las normas de derecho internacional público o general y de las reglas de derecho internacional humanitario.

Al lado de las prohibiciones clásicas de causar males superfluos, sufrimientos innecesarios o daños indiscriminados, se establece hoy un nuevo principio: el criterio ecológico.

A. Bouvier (179) parte de las normas del Derecho internacional del medio ambiente, que se basan en dos principios fundamentales: a) Los Estados tienen la obligación de no causar daños al medio ambiente situado fuera de su jurisdicción territorial; y b) Se establece la obligación de respetar el medio ambiente en general. Ahora bien, en caso de conflicto armado, resulta casi imposible excluir completamente los daños al medio ambiente, por lo que se trata de limitarlos sólo en lo posible.

Dejando aparte los convenios que protegen indirectamente el medio ambiente en caso de conflicto armado, se deben citar dos normas de directa aplicación: la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobada en el marco de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1976 y el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

---

(177) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...», ob.cit.p.362. H. Meyrowitz, «Les armes nucléaires... », ob.cit.p.319.

(178) Ver el Núm.114 (nov-dic.1992) de la Revista Internacional de la Cruz Roja: Philippe ANTOINE, «Derecho Internacional Humanitario y protección del medio ambiente en caso de conflicto armado» (pp.545-567). Adam ROBERT, «Destrucción del medio ambiente en la guerra del Golfo de 1991 (pp.568-584). Antoine BOWIER, «Trabajos recientes sobre la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado (pp.585-599).

(179) A. BOWIER, «La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado», Revista Internacional de la Cruz Roja Núm.108, nov-dic.1991, pp.604 ss.

Arrasen añade algunas otras armas convencionales de efectos inmediatos (municiones explosivas o armas incendiarias) o retardados (minas, trampas o restos de materiales de guerra) o medios no convencionales (armas bioquímicas o nucleares).

El artículo 35.3 del Protocolo I de 1977 establece la prohibición general de emplear «métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural».

Dentro de la protección de la población civil (bienes de carácter civil), el artículo 55 dispone que: «1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. 2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias».

Otros artículos del citado Protocolo se refieren también a esta protección. Así, el artículo 54 (Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) y el artículo 56 (Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

Concluye Boevier destacando las diferencias entre el Protocolo I de 1977 y la Convención de 1976. En el primero se prohíbe el recurso a la guerra ecológica y las condiciones de duración, gravedad y extensión («daños extensos, duraderos y graves») son acumulativas, mientras que en el segundo se proscribe la llamada guerra geofísica (manipulación de los procesos naturales que pueden provocar fenómenos tales como huracanes, maremotos, terremotos, lluvia o nieve) y basta que concurra una sola de las condiciones de duración, gravedad o extensión.

Estos daños fueron definidos por E. Rauch como «aquellos que pueden comprometer durante un período prolongado y permanente la supervivencia de la población civil» (180).

G.E. Conclusões do Nascimento e Silva (181) ha escrito que la idea de que las experiencias nucleares, y con mucha más razón, el uso de los ingenios nucleares para fines militares, representan una violación de la

---

(180) Elmer RAUCH, «Texte de discussion sur le Droit de la Guerre Maritime», Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Tomo XXVI-1-2-3, 1987, pp.128-129.

(181) G.E.DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação...», ob.cit.p.885 y 886.

norma imperativa del derecho internacional va ganando aceptación entre los juristas que han examinado tal problema. Y este jurista lamenta que el Tribunal Internacional de Justicia en el «Nuclear Test Case» haya evitado pronunciarse sobre este problema. En efecto, ante una solicitud de Australia que pidió a la Corte que declarase que la realización de nuevas experiencias en la atmósfera con armas nucleares en el Pacífico Sur es incompatible con las normas aplicables de Derecho internacional y teniendo en cuenta el compromiso de las autoridades francesas de que en el futuro no se realizarían más experiencias, el Tribunal por nueve votos contra seis estimó que el requerimiento de Australia perdió su razón de ser y que, en consecuencia, la Corte no debe adoptar una decisión al respecto. Aún cuando en su Providencia de 22 de septiembre de 1995, la Corte declaró que su conclusión fué adoptada «sin perjuicio de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural», declaración aplicable al uso de armas nucleares en un conflicto armado (Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996) para este autor, no se puede negar que la realización de experiencias nucleares, la fabricación y el desarrollo de armas de destrucción masiva han sido condenadas por la opinión pública mundial, existiendo una verdadera «opinio iuris» al respecto.

Es verdad que podemos sostener hoy, con Geza Herczegh (182), que la guerra ecológica en todas sus formas está fuera de la ley, pero esta proclamación teórica debemos confrontarla con un posible uso de unas armas como las nucleares (evidentemente antiecológicas) no prohibidas como tales de forma expresa.

Durante el procedimiento que concluyó en el Dictamen consultivo del T.I.J. de 8-7-1996, algunos Estados sostuvieron que cualquier utilización de armas nucleares sería ilícito por referencia a las normas existentes relativas a la protección del medio ambiente, haciendo referencia a las disposiciones del Protocolo I Adicional de 1977, a la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 10 de octubre de 1976, al Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y Principio 2 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

---

(182) Géza HERCZEGH, «La protección del medio ambiente natural y el derecho humanitario», en «Études et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet», CICR y M.Nijhoff, Ginebra y La Haya, 1984, p.732.

Frente a los Estados que han cuestionado el valor jurídico de estas disposiciones en relación con el uso de armas nucleares en caso de conflicto armado, la Corte ha reconocido que el medio ambiente se halla diariamente amenazado y que la utilización de armas nucleares podría provocar una catástrofe medioambiental. Sin embargo, para el T.I.J. el problema radica en saber si las obligaciones que derivan de los tratados medioambientales fueron concebidas para imponer una abstención total en período de conflicto armado y la Corte no estima que tales tratados hayan tenido el efecto de privar a los Estados del ejercicio del derecho de legítima defensa conforme al derecho internacional. Bien entendido que los Estados han de tener en cuenta el respeto al medio ambiente como uno de los elementos para decidir si una acción cumple los principios de necesidad y proporcionalidad. Y apoya este punto de vista en el Principio 24 de la Declaración de Río: «...los Estados deberán respetar el Derecho internacional proporcionando protección al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar para su ulterior mejora, según sea necesario» (Apartado 30). Y añade que los artículos 35.3 y 55 del Protocolo I Adicional de 1977 ofrecen una protección adicional al medio ambiente, estableciendo obligaciones que constituyen restricciones importantes para los Estados Partes (Apartado 31).

El referido Dictamen consultivo hace también referencia a la resolución 47/37 de la Asamblea General de la ONU de 25 de noviembre de 1992, relativa a la protección del medio ambiente en período de conflicto armado, donde se declara que «la destrucción del medio ambiente, no justificada por necesidades militares y que tenga carácter gratuito, es manifiestamente contraria al Derecho internacional en vigor» (Apartado 32).

El T.I.J. ,en definitiva, constata que, aunque el derecho internacional existente relativo a la protección del medio ambiente no prohíbe específicamente el empleo de armas nucleares, pone de manifiesto importantes factores de orden ecológico que deben ser tomados debidamente en consideración en el marco de la puesta en práctica de los principios y normas del Derecho aplicable a los conflictos armados (Apartado 33).

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos que la prohibición de las armas antiecológicas tiene un sólido apoyo en un emergente Derecho medioambiental que refuerza las restricciones importantes establecidas en el Derecho de los conflictos armados (y en particular en el Derecho Internacional Humanitario, que se concreta en los artículos 35.3 y 55 del Protocolo I), hasta formar una «opinio iuris» que puede servir de fundamento para afirmar que hoy la prohibición del uso del arma nuclear

en caso de conflicto armado —o cuanto menos, severísimas limitaciones a su utilización— encuentran apoyo cada vez más firme en una regla de derecho consuetudinario que reviste el carácter imperativo de las normas pertenecientes al «*ius cogens*», como derecho necesario para asegurar —nada menos— la supervivencia del género humano.

- i) Referencia a las consecuencias de la aplicación del Protocolo I de 1977 en el «*ius ad bellum*».

En anteriores apartados de este trabajo hemos dado cuenta —y matizado críticamente— la postura de H. Meyrowitz (183) sobre la separación y distinción normativa entre la disuasión nuclear y el empleo de las armas nucleares (la teoría de los dos órdenes), partiendo de que el Derecho internacional positivo se abstiene de someter la disuasión a las limitaciones y prohibiciones impuestas por el «*ius in bello*» al empleo de armas atómicas. Para el autor, que la califica como «aporía nuclear fundamental», esta aparente dicotomía normativa consiste en la no prohibición del acto de amenazar con hacer lo que está prohibido realizar, aunque desde que la potencia que utiliza la disuasión se convierte en beligerante, sus actos deben justificarse según el «*ius in bello*». No han faltado, en efecto, autores que han concluido que la prohibición del uso de las armas nucleares en caso de conflicto armado («*ius in bello*») debería llevar a la prohibición de la disuasión nuclear («*ius ad bellum*») que está en la esencia de tal uso (184). Por nuestra parte hemos expresado ya nuestra crítica, desde el punto de vista jurídico, a una distinción que puede conducir a justificar la política de disuasión nuclear al tiempo que se condena el empleo del arma nuclear conforme al Derecho de los conflictos armados.

C. Pillaud y J. de Preux (185) citan un pasaje del Informe de la Comisión «ad hoc» constituida en la Conferencia Diplomática 1974-1977, que afirma: «las armas nucleares en particular tienen una función especial, que es la de disuadir el desencadenamiento de un conflicto armado de gran envergadura entre determinadas potencias nucleares». Estiman los autores que esta función, corrientemente llamada «disuasión nuclear», se sitúa fuera del derecho internacional humanitario y, con exquisita prudencia, añaden que este problema no va a ser tratado en el marco de sus comentarios a los Protocolos de 1977.

---

(183) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob. cit. pp. 301-302

(184) P. REUTER, «Derecho Internacional...», ob. cit. p. 472.

(185) C. PILLOUD-J. de PREUX, «Commentaire...», ob. cit. p. 606.

Más comprometida es la posición de Horst Fischer (186) quien, al estudiar las consecuencias derivadas de la aceptación del Protocolo I Adicional de 1977, sostiene que una amplia ratificación de tal instrumento convencional —y recordemos que hoy 147 Estados son Partes de tal Protocolo— tendría efectos más allá del ámbito humanitario, si bien la condición previa sería que la disuasión nuclear encuentre solución en un marco político determinado dentro del sistema internacional. La fábula del genio que no se puede volver a introducir en la botella no ha perdido nada de su justificación en los casi cuarenta años desde la primera explosión atómica, de forma que para reducir riesgos habría que pensar en nuevas bases para una política de seguridad.

En este sentido, para el autor el Protocolo I podría proporcionar cambios de posiciones facilitando un contenido objetivo, pues la prohibición del ataque con efectos excesivos podría activar consideraciones estratégicas que situasen el «rol» del arma nuclear como arma política en primer término.

Ante todo, apunta H. Fischer, esta prohibición de ataques indiscriminados por excesivos podría suponer una modificación de la opción de un primer ataque nuclear y la ratificación del Protocolo I implicaría una limitación en el planeamiento de su utilización, eliminando fórmulas desestabilizantes de conducción de la guerra en el debate estratégico. En el ámbito tecnológico, se podría desplazar el esfuerzo para el desarrollo de sistemas con mayor precisión sobre el objetivo, con objeto de lograr una capacidad tecnológica capaz de evitar una «guerra atómica por descuido».

Y también en el ámbito del control de armamentos podría tener un efecto preventivo el Protocolo I con sus prohibiciones y restricciones a la forma de conducción de las hostilidades, deteniendo el desarrollo de los programas de armas nucleares desestabilizadoras para una vuelta a los viejos principios del desarme y lograr una estabilidad reforzada.

Y aunque suene ciertamente a utopía no nos resistimos a reproducir las palabras con que H. Fischer finaliza las conclusiones de su Tesis Doctoral: «Si la Comunidad Internacional consiguiese, a través del Protocolo I Adicional, reactivar la cooperación política, dentro del ámbito de la política de seguridad, se habría puesto de manifiesto el enorme valor de este instrumento de derecho internacional humanitario para la comunidad de los Estados» (187).

---

(186) HORST FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen...», ob.cit. pp.339 ss.

(187) HORST FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen...»,ob.cit. p.341.

### C. LA UTILIZACIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES Y EL DERECHO DE LA NEUTRALIDAD

Por las características propias del arma atómica y la dificultad para controlar sus consecuencias en un ámbito territorial determinado, cuestión que se ha planteado nítidamente en el derecho internacional medioambiental, se ha cuestionado también el uso del armamento nuclear en los conflictos armados desde la óptica de la defensa de los intereses y el respeto a que tienen derecho los países neutrales en tal conflicto.

Partiendo de una concepción clásica de la neutralidad y con citas relativas a la inviolabilidad del territorio neutral y del respeto a los derechos soberanos e intereses de las potencias neutrales (Artículo 1 de las Convenciones V y XIII de La Haya de 1907 y preámbulo de la Convención sobre neutralidad marítima de La Habana de 20 de febrero de 1928), el T.I.J. tomó nota de que, en el marco del procedimiento consultivo iniciado ante la Corte por la OMS («Licitud de la utilización por un Estado de las armas nucleares en caso de conflicto armado»), un Estado manifestó que el principio de neutralidad también se aplica con la misma fuerza a las incursiones transfronterizas de fuerzas armadas y a los daños transfronterizos causados a un Estado neutral por un arma utilizada en un Estado beligerante. Y tal principio fué presentado como elemento integrante del Derecho internacional consuetudinario.

De forma que se ha sostenido ante la Corte que el principio de neutralidad, como los principios y normas de Derecho Humanitario, prohíbe la utilización de un arma cuyos efectos no podrían quedar limitados con toda seguridad al territorio de los Estados contendientes (Apartado 93).

El T.I.J. en su Dictamen consultivo (8-7-1996) concluye que, como en el caso de los principios de Derecho Humanitario aplicables a los conflictos armados, el Derecho internacional no deja dudas en cuanto al hecho de que el principio de neutralidad, que tiene un carácter fundamental análogo al de los principios y normas humanitarias, y cualquiera que sea su contenido, es aplicable a todos los conflictos armados, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas. Y de esta manera no se discute que el principio de neutralidad es aplicable a las armas nucleares (Apartados 89 y 90).

Más lejos llega M. Weeramantry en su voto disidente (188), quien para justificar su aserto de que la amenaza o el empleo de armas nuclea-

---

(188) «Court Internationale de Justice...», ob.cit.pp.7-8.

res es ilícita en todas las circunstancias sostiene que tal utilización puede causar daños a los Estados vecinos y, por tanto, es contrario al principio que prohíbe causar daños a los Estados neutrales. Este Magistrado ilustra su opinión disidente con un gráfico donde se muestra el peligro para los Estados neutrales derivado de la amplitud del aérea afectada por las diversas consecuencias de las explosiones nucleares.

## V. CONCLUSIONES

### A. DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

Después del examen de las normas del Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados y a la vista de que el arma nuclear como tal no ha sido expresamente prohibida, la pregunta fundamental que debemos hacernos es donde está el límite entre lo prohibido y lo permitido, particularmente por el Derecho Internacional Humanitario, en el uso de armas nucleares durante un conflicto armado.

C. Pilloud y J.de Preux (189) resumen las principales posturas doctrinales después de la adopción del Protocolo I de 1977.

Para una primera posición, los principios existentes, retomados por el Protocolo, particularmente por los artículos 35 (Reglas fundamentales) y 48 (Norma fundamental) no permiten afirmar otra cosa que las armas nucleares están prohibidas en tanto que tales por el derecho internacional humanitario. Es también la postura de Arrassen (190), Rousseau (191) G.E.do Nascimento e Silva (192) M. Pérez González (193), S.E. Nahlik (194), P.Reuter (195), Marín López (196), H. Fujita (197), Sánchez del Río (198) E. Rauch (199) y Horst Fischer (200), entre otros.

---

(189) C. PILLOUD-J.de PREUX, «Commentaire...»,ob.cit.pp.604-606

(190) M. ARRASSEN, «Conduite des hostilités...»,ob.cit.p.446.

(191) CH. ROUSSEAU, «Le Droit des conflits...»,ob.cit.p.127.

(192) G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, «A proliferação...», ob.cit. p.886.

(193) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Seguridad y desarme...»,ob.cit.pp.363 y 364.

(194) S.E. NAHLIK, «Arme atomique et Droit...»,ob.cit.p.10.

(195) P. REUTER, «Derecho internacional...»,ob.cit.p.472.

(196) A.MARÍN LÓPEZ, «El desarme nuclear»,ob.cit.p.31.

(197) H. FUJITA, «Reconsideration de l'affaire...»,ob.cit.

(198) F.J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...»,ob.cit.pp.22-23

(199) Elmer RAUCH, «L'emploi d'armes nucleaires et la reafirmation et le developpement du droit internationale humanitaire applicable dans les conflits armés», Revue Hellenique du Droit Internationale, 33eme, anne 1980.

(200) Horst FISCHER, «Der einsatz von nuklearwaffen...», ob. cit pp. 339 ss.

La segunda posición, ya rechazada a lo largo de este trabajo, coloca el uso de las armas nucleares fuera del ámbito del derecho internacional humanitario. Para su refutación nos remitimos a lo escrito en el apartado II de este estudio «El sometimiento del arma nuclear a las normas del Derecho Internacional».

Una tercera postura es la mantenida por H. Meyrowitz (201) que, como hemos visto a lo largo de este trabajo, sostiene que el empleo del arma nuclear no está prohibido en sí mismo, pero el derecho internacional somete la utilización de tales armas a las mismas reglas que al empleo de las armas clásicas, reglas que han sido reafirmadas por el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra. Normas de derecho consuetudinario que se aplican a las tres potencias nucleares occidentales (que no han ratificado el Protocolo I), hecho que no les exime de la fuerza obligatoria de tales reglas que abarca tanto las armas clásicas como las nucleares. El derecho internacional no confiere a las armas nucleares un estatus privilegiado, sino que sujeta su empleo a estrechos límites que se sitúan muy por encima de su potencialidad.

Este importante autor, no obstante, se lamenta de que la clarificación que —en su opinión— supuso el «consensus» y la cláusula nuclear, se evapore cuando se pretende aplicar a los preceptos del Protocolo I, donde se mezclan las normas «nuevas» con las «reafirmadas» y ante la presencia de reglas mixtas que, justamente, son las de mayor importancia en la materia. Y reconoce que para determinar cuanto en las disposiciones traduce el derecho consuetudinario y cuanto lo innova, es preciso una interpretación no exenta de subjetividad.

Añade H. Meyrowitz, con acierto, que estas reglas por el solo hecho de determinar el principio de inmunidad de la población civil y de los bienes civiles y su doble corolario (el principio de distinción y el de proporcionalidad), constituyen una barrera que fuerza a los gobiernos a someter su elección de armamentos, su estrategia, los conceptos y los planes del empleo de las armas nucleares al test de legalidad (202).

Partiendo también de la crítica de la posición que afirma la prohibición del empleo del arma nuclear como tal (rechazo basado en la ausencia de un tratado vetando o limitando el uso de tales armas, en el hecho de que la evolución científica permite la creación de armas nucleares más precisas y con efectos más controlables y en la «opinio iuris» de otros juristas y de los gobiernos que poseen el arma nuclear), C. Pilloud y J. de

---

(201) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.p.325.

(202) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.319-320

Preux estiman que el Protocolo I no modifica, sino reafirma y precisa, el derecho existente por lo que se refiere al uso de las armas en un conflicto armado, concluyendo que en la hipótesis en la que los principios reafirmados por el Protocolo no prohíben el uso del arma nuclear— restringen considerablemente su uso. Y reconocen que en los límites de estas reglas y, particularmente, del principio de proporcionalidad es difícil trazar con precisión la frontera entre un uso eventualmente lícito y una utilización ilícita de las armas nucleares. Para estos autores esta incertidumbre es peligrosa para el derecho internacional humanitario y, en consecuencia, para las víctimas que trata de proteger pues puede producir el riesgo de una escalada incontrolable (203).

En esta misma línea, que encabezó J. Pictet (204) con su posibilista distinción entre las armas nucleares estratégicas (desproporcionadas y de efectos excesivos) y tácticas (aceptables si son «limpias»), hay que mencionar la matizada postura de H.P. Gasser (205) para quien el Protocolo I no modifica la situación jurídica preexistente, pero resulta incontestable que se aplican las reglas generales —convencionales o consuetudinarias— de derecho internacional y, por tanto, el recurso a las armas nucleares está sometido a las normas del derecho internacional humanitario, particularmente a la prohibición de atacar a la población civil en cuanto tal, a la interdicción de lanzar ataques indiscriminados o que produzcan consecuencias indiscriminadas, a la obligación de respetar la proporcionalidad y a la prohibición de emplear armas que supongan sufrimientos excesivos. Límites a los que añado, desde mi particular punto de vista, introduciendo el importante criterio ecológico: la no producción de daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente natural.

Si desde el primer momento en la Conferencia Diplomática 1974-1977 se excluyó intencionadamente toda discusión sobre las armas nucleares, un testigo de excepción en aquella Conferencia, J. Sánchez del Río, nos advierte (206) que no existe prohibición o autorización expresas sino silencio, sin excluir nunca una regulación de la utilización de los medios y modos de combatir, de carácter protector, que intenta paliar los terribles efectos de la guerra sobre las víctimas civiles del conflicto. Y añade acertadamente que cualquier exclusión global del tema equivaldría a dejar sin efecto el Protocolo mismo, pues si el arma atómica no ha sido prohibida,

---

(203) C. PILLOUD-J. de PREUX, «Commentaire...», ob.cit. pp.605-606

(204) J. PICTET, «Desarrollo y principios...», ob.cit. pp.66-67.

(205) H.P. GASSER, «Le Droit International...», ob.cit. pp.65-66.

(206) F.J. SÁNCHEZ DEL RÍO, «La ratificación...», ob.cit. pp.23-24

su utilización habrá de tener en cuenta los principios que consagra el Protocolo, en el que la necesidad militar y proporcionalidad están adecuadamente representadas.

Es difícil, en definitiva, no estar de acuerdo con la postura de Luigi Condorelli (207) cuando se pregunta críticamente: «¿debemos admitir que, en el caso de «legítima defensa extrema», el «*ius ad bellum*» libera, por lo menos en cierta medida, de la obligación de respetar el «*ius in bello*», en flagrante contradicción con la «Grundnorm» del derecho humanitario, según la cual éste debe ser respetado en todas las circunstancias, sea cual fuere la «*causa belli*»? Para concluir que la parte dispositiva (párrafo 2)E, apartado 2) del Dictámen parece especialmente carente, defectuosa y preocupante.

A la vista de lo expuesto, partiendo de la ausencia de una prohibición universal, expresa y completa del arma nuclear en cuanto tal y aunque no podemos afirmar con absoluta seguridad que el uso del arma nuclear en los conflictos armados es contrario a las normas de derecho internacional humanitario en todas las circunstancias, exponemos nuestra opinión de que no alcanzamos a ver en qué supuestos excepcionales la utilización de armas nucleares podría cumplir las severas limitaciones que le imponen las normas convencionales y consuetudinarias que integran el Derecho de los conflictos armados aplicable a toda clase de medios y modos de combatir, pues no hay exención alguna cualquiera que sean las circunstancias.

Y en el mismo sentido compartimos la toma de posición del Comité Internacional de la Cruz Roja al Dictamen consultivo del T.I.J. (8-7-1996) ante la Asamblea General de la ONU, pues si, basándose en las pruebas científicas presentadas, la Corte manifestó que el poder destructor de las armas nucleares no puede limitarse ni en el espacio ni en el tiempo, la radiación liberada por una explosión nuclear afectaría a la salud, la agricultura, los recursos naturales y la situación demográfica de una amplia zona, siendo un grave peligro para las futuras generaciones, es difícil plantearse como un empleo de armas nucleares podría avenirse con las normas del derecho internacional humanitario (208).

---

(207) Luigi Condorelli, «La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares, *¿Iura non novit curia?*», en Revista Internacional de la Cruz Roja, Número Especial, n° 139 Enero-Febrero de 1997, pp. 20 y 21.

(208) CICR, «La cuestión de las armas: Toma de posición del CICR ante la Asamblea General de las Naciones Unidas», 51 período de sesiones, 1996 (Declaración de 18 de octubre de 1996) Revista Internacional de la Cruz Roja, Núm.138, nov-dic 1996.

## B. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO DEL DICTAMEN CONSULTIVO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ¿CONFIRMACIÓN DEL REGLAMENTO DE UN CLUB DE SUICIDAS?

El Tribunal Internacional de Justicia en su Dictamen consultivo de 8-7-1996, después de afirmar que apenas se discute que los principios y normas de derecho internacional humanitario y el principio de neutralidad son aplicables a las armas nucleares, da cuenta de las posiciones controvertidas de los Estados sobre las consecuencias que se derivan de tal sometimiento del arma atómica al Derecho de los conflictos armados.

Dos Estados nucleares occidentales (Reino Unido y los Estados Unidos) expresaron su punto de vista en el procedimiento, manteniendo la postura de que la sumisión del recurso a las armas nucleares al Derecho de los conflictos armados no significa necesariamente que esté prohibido pues, por una parte, puede cumplir los requisitos de la legítima defensa y, por tanto, la licitud del uso de las armas nucleares debe ser evaluada teniendo en cuenta los principios del Derecho Internacional relativos al recurso a la fuerza y a la conducción de las hostilidades (Reino Unido).

Por otra parte, las armas nucleares pueden ser utilizadas en distintas circunstancias con resultados diferentes en cuanto a pérdidas civiles probables (empleo de un arma nuclear de baja potencia contra buques de guerra en alta mar o fuerzas armadas en aéreas despobladas), por lo que es posible concebir un ataque armado que cause un número relativamente bajo de pérdidas civiles.

Concluyendo que no es completamente exacto que todo uso de armas nucleares contra un objetivo militar vaya acompañado inevitablemente de un alto número de bajas civiles colaterales (Reino Unido y Estados Unidos de América).

Frente a esta posición, otro punto de vista más compartido sostuvo que el recurso a las armas nucleares no puede ser en ningún caso compatible con los principios y normas del Derecho Humanitario y está, en consecuencia, prohibido. Se razona que en el caso de que sea utilizado este tipo de armas en ninguna circunstancia podría distinguir entre los combatientes y la población civil o entre objetivos militares y objetos civiles, produciendo efectos en gran medida incontrolables que no podrían ser limitados a lícitos objetivos militares, ni en el tiempo ni en el espacio. Las armas nucleares, se argumenta, provocarían la muerte y la destrucción de forma necesariamente indiscriminada por el desprendimiento de calor, de radiación y la onda expansiva causada por la explosión nuclear, y por los

efectos inducidos, de manera que el número de pérdidas civiles sería enorme.

La conclusión de determinados Estados ante la Corte fué que la utilización de armas nucleares estaría prohibido en toda circunstancia, a pesar de la inexistencia de una prohibición convencional específica pues, desde la perspectiva del derecho internacional consuetudinario, estas armas son ilegales por su misma naturaleza, en virtud del principio fundamental de humanidad.

Seguidamente el T.I.J. inicia un silogismo jurídico en su dictamen que finaliza en una conclusión ciertamente polémica que se traduce en el apartado E de la parte resolutive de su opinión consultiva. Veamos este razonamiento en toda su extensión.

La Corte observa, en primer lugar, que ninguno de los Estados que preconizan la licitud de la utilización de las armas nucleares en determinadas circunstancias (uso «limpio» de pequeñas armas nucleares, tácticas o de baja potencia) ha indicado cuáles suponiendo que este empleo limitado fuese realmente posible— serían las circunstancias concretas que lo justificarían. Y tampoco se han referido al riesgo de escalada hacia un recurso generalizado a armas nucleares de gran potencia. De este análisis deduce el Tribunal que no dispone de las bases necesarias para determinar si dicha tesis está bien fundada.

Ahora bien, ¿quien tiene la obligación de probar la conformidad de tales armas al Derecho de los conflictos armados?

El artículo 36 del Protocolo I de 1977 dispone que cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante. Ciertamente se podría objetar que ninguno de los dos países nucleares occidentales antes citados es Parte en el mencionado Protocolo. Sin embargo, debemos compartir el punto de vista expresado por H. Meyrowitz (209) cuando sostiene que el artículo 36 por su contenido y por su fin es aplicable tanto a las armas convencionales nuevas como a las nucleares que existían en los arsenales antes de 1977. Y añade con acierto que la regla se impone a todos los Estados, independientemente de la ratificación o no ratificación del Protocolo I. Y ello porque si un Estado posee un tipo de arma que, por razón de su naturaleza, no podría ser empleada en ninguna circunstancia

---

(209) H. MEYROWITZ, «Les armes nucleaires...», ob.cit.pp.302-303.

sin violar el derecho de la guerra (o derecho internacional humanitario), amenazar con ella o prepararse para el empleo prohibido, sería también ilícito. De manera que el T.I.J. hubiera podido estimar en el Apartado 94 de su Dictamen que, si tales potencias nucleares no han determinado si el empleo de las armas nucleares —en ciertas condiciones o en todas las circunstancias estaría permitido o prohibido según el derecho internacional aplicable (es decir, el Derecho de los conflictos armados o derecho internacional humanitario), se ha incumplido la obligación establecida en el artículo 36 del Protocolo I y se debe rechazar —por infundada— la tesis defendida por tales países nucleares. Y ello por el principio de la retroacción de las reglas del «ius in bello» sobre la composición, tanto en tiempo de paz o como en guerra, del arsenal de los Estados (210).

La segunda premisa del silogismo del T.I.J. (Apartado 95) peca también de cierta ambigüedad, pues tampoco puede la Corte pronunciarse sobre la validez del argumento de que el recurso a las armas nucleares sería ilícita en toda circunstancia, dada la intrínseca y total incompatibilidad de estas armas con el Derecho aplicable a los conflictos armados. Para el Tribunal tales principios y normas (que reposan sobre el principio de humanidad) someten la conducción de las hostilidades aun cierto número de requisitos, como la prohibición de los medios o modos de combate que impidan distinguir entre objetos civiles y objetivos militares o que produzcan sufrimientos innecesarios en los combatientes.

Reconoce la Corte que, a la vista de las características únicas de las armas nucleares a las que ya ha hecho referencia (Así en el Apartado 35 se expresa que el poder destructor de las armas nucleares no puede ser contenido ni en el espacio ni en el tiempo y la radiación liberada por una explosión nuclear tendría efectos nocivos sobre la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía, entrañando un grave peligro para las generaciones venideras, sería susceptible de afectar al medio ambiente del futuro, la cadena alimentaria y el ecosistema marino, y provocar taras genéticas y enfermedades a las generaciones futuras), parece que difícilmente podría reconciliarse la utilización de tales armas con los requisitos establecidos por el Derecho aplicable a los conflictos armados.

Y, a pesar de ello, la Corte considera que no dispone de suficientes elementos que le permitan concluir con certeza que la utilización de las armas nucleares entraría en contradicción en toda circunstancia con los principios y normas del Derecho aplicable a los conflictos armados. Estas dos premisas, formuladas ambas en sentido negativo («La Corte no con-

---

(210) H. MEYROWITZ, «Les armes nucléaires...», ob.cit.p.302.

sidera que disponga...»; «La Corte considera que no dispone...») conducen a la polémica conclusión que se alcanzó en el apartado E) del Dictamen consultivo por siete votos contra siete, por el voto de calidad del Presidente. Y nos recuerda aquel viejo refrán: De dos cosas (premisas) mal hechas no puede salir una bien hecha.

El apartado E del Dictamen establece:

*«De las exigencias anteriores se desprende que la amenaza o la utilización de las armas nucleares generalmente será contraria al Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, a los principios y normas del Derecho Humanitario. Sin embargo, tomando en consideración el estado actual del Derecho Internacional y los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede concluir definitivamente la licitud o ilicitud de la amenaza o utilización de armas nucleares por un Estado en la circunstancia extrema de la legítima defensa, en la que se vería comprometida su misma supervivencia.»*

Dejando aparte el segundo párrafo del apartado E, que no constituye el objeto del presente estudio, debemos resaltar algunas de las opiniones disidentes que se formularon al primer párrafo de esta conclusión del Dictamen. Así, M. Koroma, Magistrado del T.I.J. estima (211) que el empleo de las armas nucleares entraña en toda circunstancia al menos una violación de los principios y reglas del derecho humanitario y es siempre ilícita, por lo que objeta la palabra «generalmente» y lamenta que la Corte no haya llegado a la conclusión inevitable de que es imposible percibir las circunstancias en las que el empleo de las armas nucleares en el curso de un conflicto armado no sea ilícito, a la vista de las notorias características de dichas armas.

Todavía mayor rechazo expresa la opinión disidente del Magistrado M Veeramantry (212) basada en la proposición de que la amenaza o el empleo de armas nucleares es ilícita en todas las circunstancias, pues viola los principios fundamentales del derecho internacional y constituye la negación misma de las raíces humanitarias del derecho humanitario. Añade que, si es verdad que no existe ningún tratado que prohíba expresamente las armas nucleares en cuanto tales, de múltiples principios de derecho internacional y en particular de derecho internacional humanita-

---

(211) «Court Internationale de Justice..... »,ob.cit.pp.9-10.

(212) «Court Internationale de Justice...», ob. cit. pp. 7-8-9.

rio, no queda ninguna duda en cuanto a la ilicitud del arma nuclear cuando se consideran sus conocidos efectos.

Subraya también M. Veeramantry que no debería haber dos categorías de leyes de la guerra aplicables simultáneamente al mismo conflicto, según se utilicen armas clásicas o nucleares.

Finaliza el Voto disidente reflexionando que ningún sistema jurídico creíble podría establecer una regla legitimando un acto susceptible de destruir la civilización entera de la que forma parte tal norma. La doctrina moderna, concluye, muestra que una regla de esta naturaleza, que podría encontrar su sitio en el «reglamento de un club de suicidas», no debería figurar en ningún sistema jurídico razonable, cualidad que caracteriza ante todo —según M. Veeramantry— al derecho internacional.