ISSN 2393-6215

Estudio del CURI

LA ACTUACIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA REFERIDA AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE CESE Y DESARME NUCLEAR: EL CASO DE ISLAS MARSHALL VS. REINO UNIDO, INDIA Y PAKISTÁN

Alejandro Pastori Fillol

Juan Manuel Rivero Godoy

Consejo Uruguayo

para las Relaciones Internacionales

27 de diciembre de 2017

Estudio Nº 9/17

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales. El contenido y las opiniones de los "Estudios del CURI" y "Análisis del CURI" constituyen la opinión personal de sus autores.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

La actuación de la Corte Internacional de Justicia referida al cumplimiento de las obligaciones de cese y desarme nuclear: *el caso de Islas Marshall vs. Reino Unido, India y Pakistán*

Por Alejandro Pastori Fillol y Juan Manuel Rivero Godoy[1]

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

Temario

1. ***Introducción.***
2. ***Existencia de una disputa ante la CIJ.***
3. ***Resoluciones del CS y la AG sobre las armas nucleares y la opinio iuris.***
4. ***Más allá de la dimensión interestatal y su direccionamiento hacia lo dispuesto en la Carta de ONU sobre los pueblos.***
5. ***La ilegalidad de las armas nucleares y la obligación de desarme.***
6. ***El ius necessarium que trasciende el ius voluntarium: la razón de humanidad.***
7. ***El impacto humanitario de las armas nucleares.***
8. ***Conclusiones.***
9. ***Bibliografía.***

[1] El Dr. Alejandro Pastori Fillol es Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UdelaR) Uruguay. El Magíster Juan Manuel Rivero Godoy es Profesor Adscripto de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UdelaR.

1. Introducción

Con fecha 5 de octubre de 2016 la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) dictó la sentencia correspondiente al caso de las Islas Marshall contra India, Pakistán y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte por el asunto referido al presunto incumplimiento de los demandados de sus obligaciones de cesar la proliferación y de desarme, referido a las armas nucleares[2]. La sentencia es de interés dado que la CIJ modificó su criterio inveterado sobre cuándo se considera que existe una disputa internacional y el momento oportuno para su determinación en el proceso internacional.

Este aspecto netamente procesal se suma a otras cuestiones referidas al fondo del asunto –que si bien el fallo no decide- ilustran sobre las obligaciones que emanan de la normativa internacional referida a las armas nucleares provenientes tanto de la Asamblea General (AG) y el Consejo de Seguridad (CS) de las Naciones Unidas (NN.UU) como de los acuerdos concretos en la materia.

Si bien la CIJ desestimó el reclamo presentado por las Islas Marshall muchas interrogantes se generan de cara al futuro, teniendo en cuenta el nuevo tratado de prohibición total de armas nucleares, dado que supondrá un cambio en la concepción de las relaciones internacionales relativo al equilibrio de poder y a las eventuales situaciones de conflictividad entre los Estados que detentan el arma nuclear y sus distintos programas referidos a ella[3]. Esto último puede ser un factor de importancia a la hora de avizorar futuros litigios, donde la CIJ o cualquier otro tribunal puedan confirmar aspectos sustanciales que el presente caso no pudo, ya que la CIJ no ingresó al fondo del asunto teniendo elementos fácticos y jurídicos sobrados para hacerlo.

2. Existencia de una disputa ante la CIJ

Una disputa entre dos o más Estados (Partes en sentido procesal y sustancial) implica una contraposición de intereses que puede versar sobre aspectos fácticos o jurídicos. Es un conflicto tan irreconciliable que ningún medio político o diplomático previsto en el Art.33 de la Carta de NN.UU pudo resolverlo, al

[2] Lo aquí expuesto es en base a las opiniones disidentes y trabajos del Juez de la CIJ Antônio Augusto Cançado Trindade (2016).
[3] Son de notorio y público conocimiento los programas nucleares en Irán, Pakistán y Corea del Norte.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

extremo de que se decide recurrir a la vía judicial, jurisdiccional o arbitral como forma de que un tercero imparcial dirima la controversia, acogiendo o desestimando una pretensión.

En este sentido, la CIJ tiene una larga trayectoria –que también toma de su predecesora la CPJI- en materia de jurisprudencia y criterios adoptados sobre determinadas situaciones procesales para que pueda dictar un fallo válido al respecto sin afectar a la decisión de mérito. Si bien es generalmente aceptado que la jurisprudencia es un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho aplicables a un caso –siempre y cuando no haya normas concretas a aplicar[4]- en la práctica parece haber un claro peso jurídico de las sentencias que la propia CIJ utiliza en sus considerandos en el razonamiento jurídico que determina la adopción de la parte dispositiva del fallo. Si bien puede ser discutible el peso de esta jurisprudencia como "fuente generadora" de normas jurídicas generales, no puede negarse su valor a los efectos particulares dado que se vuelven obligatorias para las Partes. En este sentido, sería ilustrativa de estos aspectos una situación en que en que la CIJ considere que el "*soft law*" es aplicable al caso concreto y afirma el carácter de "*hard law*" de aquélla.

Por otro lado, aplicando esto al tema concreto de las disputas, la existencia concreta de una controversia es manifiesta en la jurisprudencia de la CIJ a través de sus fallos. En este sentido, la Corte ha manifestado en reiteradas sentencias los parámetros de esa determinación "*in litis*" y cómo hacerla valer por las Partes, en un intento de dar seguridad y certeza jurídica a la hora de litigar, como se verá a continuación.

Esta jurisprudencia ha sido constante, para dar por existente una controversia entre las Partes y así poder ingresar en el mérito del asunto, pero en el caso a examen de las Islas Marshall dio un giro inesperado y hasta contradictorio con lo que ya había sido considerado materia laudada.

Para la jurisprudencia anterior de la CIJ una controversia o conflicto surge cuando hay un "desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un conflicto sobre puntos o intereses legales entre dos personas". Esto fue expresado en los

[4] La referencia es a los tratados, costumbre internacional, principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos y actos unilaterales. Los primeros tres reconocidos en el Estatuto de la CIJ y los últimos a través de su jurisprudencia.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

casos de *Armed Activities on the Territory of the Congo, D.R. Congo v, Rwanda*, (2006) así como en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions* (1924). Este aspecto también puede encontrarse en el Tribunal Arbitral del CIADI en el caso *Crystallex v. Venezuela* (Award, 2016).

Asimismo, la determinación de la existencia de una disputa es una cuestión objetiva por parte de la Corte, aspecto reafirmado en *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion* (1950) *East Timor, Portugal vs. Australia* (1995) *Liechtenstein vs. Germany, Certain Property* (2005), etc. En ese sentido, la CIJ debe examinar si el reclamo de una parte es positivamente opuesta por la otra y no necesita ser necesariamente expresada de forma directa "*expressis verbis*". Esto fue manifestado por la CIJ en *South West Africa, Preliminary Objections* (1962).

En cuanto al momento procesal de determinar si una controversia existe entre las Partes, la Corte en el asunto *Application of the Convention Against Genocide, Croatia vs. Serbia* (2008) expresó: "la jurisdicción de la Corte debe ser evaluada el día de presentación del acto procesal que instituye los procedimientos". Esas condiciones deben ser encontradas en ese momento, dado que son los requisitos que abren la jurisdicción y posterior competencia de la Corte, cuestión también ratificada en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia, Preliminary Objections* (1996).

La determinación de la Corte debe girar en torno al examen de los hechos. El problema es una cuestión de sustancia y no de forma. Así lo reconoció en el asunto de *Land and Maritime Boundary, Cameroon vs Nigeria* (1998) donde la existencia de una disputa puede ser inferida de la fallida actitud de un Estado en responder al reclamo de otro cuando una respuesta es requerida.

En estos casos, las negociaciones bien pueden ser un ejemplo que ayuden –quizás- a demostrar la existencia de la disputa o controversia y delimitar su objeto. Sin embargo, en un fallo referido a *The Applicaton of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Georgia v. Russian Federation* (2011) la CIJ exigió un estándar procesal distinto y elevado a diferencia de su jurisprudencia constante. En ese caso exigió que para

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

determinar una controversia entre ambos Estados, el reclamante debió haber dado noticia previa de la disputa y el Estado reclamado haberse opuesto a ella. Por lo que consideró que no había surgido controversia al momento de iniciarse los procedimientos. Este es un nuevo requisito exigido por la actual CIJ que se ya se aparta –notoriamente- de la jurisprudencia constante que había venido desarrollando hasta el momento.

En el caso de estudio, tanto India, Pakistán como Reino Unido hicieron uso de este argumento para considerar que no había una controversia con las Islas Marshall. En ese sentido, alegaron que no hubo previa notificación de que una controversia existiera. Dicho argumento es tomado, como se dijo, del Asunto "*Application of the CERD Convention Georgia v. Russia* (2011)", donde la CIJ estableció: "... that prior notice of the applicant´s claim is a requirement for the existence of a dispute". Sin embargo, tanto del Estatuto de la CIJ o de la normativa general del Derecho internacional tal requisito no es demostrable, ni es necesario que haya que agotar previamente los medios diplomáticos -como la negociación- para instituir procedimientos ante la Corte. Este aspecto fue confirmado por la propia Corte en su fallo entre *Cameroon v. Nigeria* (1998):

"Neither in the Charter nor otherwise in international law is any general rule to be found to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to the Court" (par.56).

3. Resoluciones del CS y la AG sobre las armas nucleares y la *opinio iuris*

Durante los procedimientos las Partes hicieron referencia a las resoluciones de la Asamblea General, en lo que atañe al desarme nuclear.

En este particular sentido, la AG ha marcado un rumbo en cuanto a los intereses que rodean las armas nucleares y que ha pasado desde alentar el desarme nuclear y el uso de cualquier arma de destrucción masiva, promover la adhesión al Tratado que Prohíbe los Ensayos Nucleares (cualquiera sea el medio), a la constante preocupación por la existencia de arsenales nucleares y evitar la producción de material de fisión con propósitos nucleares bélicos. Estas etapas de actividad de la AG significaron un primer paso para limitar el

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

incremento de los arsenales existentes y para activar negociaciones para la reducción y limitación sustancial de las armas nucleares.

Esta prolífica actividad de la AG ha querido significar (en opinión dominante, pero no aceptada por las Potencias) un consenso general de relevante valor legal. No solo por las variadas resoluciones que han condenado las armas nucleares sino por la amplia participación de Estados en la *Advisory Opinion on the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996). El punto de partida es bastante anterior: la *Declaration on the Prohibiton of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons* (Resol. 1653, 1961) que ya declara que el uso de armas nucleares es contrario a la Carta de ONU y a su espíritu e implica una directa violación a aquélla.

Esta Resolución marca lo que se entiende una obligación consuetudinaria (*hard law*) emanada de una postura de *soft law* que rotula una serie de aspectos declarados en ella de suma importancia. Sus primeros cuatro literales son de interés:

a) The use of nuclear and thermonuclear weapons is contrary to the spirit, letter and aims of the United Nations and, as such, a direct violation of the Charter of the United Nations, b) The use of nuclear and thermonuclear weapons would exceed even the scope of war and cause indiscriminate suffering and destruction to mankind and civilization and, as such, is contrary to the rules of international law and to the laws of humanity, c) The use of nuclear and .... is a war directed not against an enemy or enemies alone but also against mankind in general, since the people of the world not involved in such a war will be subjected to all the evils generated by the use of such weapons, d) Any State using nuclear and .... is to be considered as violating the Charter of the United Nations, as acting contrary to the laws of humanity and as committing a crime against mankind and civilization.

A esta resolución "marco" siguieron una serie de ellas (1970 a 1995[5]) que han reflejado el estado de situación referente a la autoridad normativa de la AG, en especial, dado el valor de *opinión juras communis* sobre el desarme nuclear. Esta actuación de la AG continuó en desarrollo y profundidad con sucesivas

[5] Por ejemplo las Resoluciones 33/71B, 34/83G, 35/152D, 36/921, 45/59B, 46/37D, etc.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

resoluciones en el sentido de considerar el serio peligro para la humanidad si no se procede al desarme nuclear a efectos de evitar una guerra nuclear (sea por su amenaza o uso) y que el objetivo final es la completa eliminación de las armas nucleares. Aspecto, este último, reafirmado con el nuevo Tratado de Prohibición Total de Armas Nucleares que "prohíbe el desarrollo, las pruebas, producción, adquisición, y posesión de arsenal o explosivos nucleares", bajo el estricto y efectivo control internacional[6].

Otra etapa que confirma esa *opinio iuris communis* es lo que sucedió posteriormente a la Opinión Consultiva de 1996.

Numerosas resoluciones continuaron afirmando la peligrosidad de la amenaza de las armas nucleares, no solo para la humanidad sino para toda la vida en la tierra y que el único remedio para este problema es la seguridad de que las armas nucleares no sean producidas nunca más, alentar la eliminación total y el progresivo desarme bajo un esquema general de negociaciones. Asimismo, la Asamblea General ha recalcado las obligaciones solemnes de los Estados Partes bajo el Art.6 del Tratado de no Proliferación y más concretamente la de perseguir negociaciones de buena fe para la toma de medidas efectivas relativas al cese y desarme nuclear. Esto fue reflejo de lo expresado en la Advisory Opinion de 1996: "*there exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control*".

Esa *opinio iuris communis* tendiente a considerar que estaba instaurada una prohibición legal sobre el desarrollo, producción, ensayos, despliegue, almacenamiento, amenaza o uso y su total destrucción bajo control internacional ha sido cristalizada en el reciente Tratado de Prohibición total de 2017.

En palabras de Cançado Trindade (2016: 173):

"*Looking at this particular series of General Assembly resolutions as a whole, it should not pass unnoticed that they contain paragraphs referring to*

[6]Información disponible en la siguiente página donde se puede acceder a los puntos clave, http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=37658#.WcwUXVu0PIU, fecha de recuperación 27/09/2017.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

the obligation pursue and conclude good faith negotiations leading to nuclear disarmament, without any reference to the NPT or to States Parties of it. They refer rather to that obligation as a general one, not grounded on any treaty provision. All States, and not only States Parties to the NPT, are called upon to fulfil promptly that obligation (...) on their compliance with the resolutions at issue".

Por su parte, el Consejo de Seguridad se ha referido -en similares términos a la AG- a que la proliferación de armas nucleares, químicas y biológicas constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacional. Además, remarcó que los Estados miembros tienen que cumplir con sus obligaciones sobre control de armas y desarme; como también prevenir la proliferación de todas las armas de destrucción masiva[7].

Ejemplo de ello ha sido la Resolución 1540/2004 bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas que estableció obligaciones legales vinculantes para todos los Estados miembros de ejecutar apropiadas y efectivas medidas contra la proliferación de tales armas. En cuanto a la obligación de lograr negociaciones cuyo fin es el desarme nuclear, el CS a través de la Res. 984/1995 afirmó la necesidad de todos los Estados Partes del TNP de cumplir con todas sus obligaciones, urgiendo a que los Estados cumplan –específicamente- con la obligación del Art.VI de aquel, en el sentido de perseguir negociaciones de buena fe relativa al desarme y supervisión internacional. Esta Resolución es anterior a la Opinión Consultiva de 1996.

Esta obligación ya reafirmada por medio de resoluciones del CS, fue confirmada y ampliada para otros Estados no Partes del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, a través de la Res. 1887/2009. De acuerdo a esta situación se ha considerado que hay un apoyo gradual a la formación de una obligación internacional consuetudinaria que corresponde con la obligación convencional del Art. VI del TNP (efecto cristalizador de costumbre).

Es así que durante los procedimientos ante la CIJ en el caso Islas Marshall que nos ocupa, se identificó como objeto del proceso (no sentenciado en el mérito) el efecto de las resoluciones de las Naciones Unidas con el fenómeno

[7] United Nations Doc. S/23500, p.1-5, del 31/01/1992.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

incipiente de una *opinio iuris* de suma relevancia para la identificación de una obligación internacional de origen consuetudinaria.

Es en ese sentido que las Islas Marshall dirigieron su atención a las resoluciones generales de AG y CS de ONU, en cuanto a su contribución al desarrollo del derecho internacional consuetudinario. No obstante, el Reino Unido se ha opuesto a tales resoluciones. Asimismo, Pakistán argumentó en contrario del carácter consuetudinario de la obligación emergente del Art. VI del TNP o que se desprenda de él una obligación *erga omnes*. Por lo que también considera que tales afirmaciones no emergen de la Opinión Consultiva de 1996. Otro argumento manejado por Pakistán es que las resoluciones de la Asamblea General no tienen efecto vinculante y por lo tanto no podrían emerger obligaciones ejecutables contra un Estado.

En este sentido, la India también ha remarcado que tanto las Islas Marshall como ella no han sido opositores a las resoluciones mencionadas, por lo que comparten los mismos puntos de vista sobre perseguir y traer a conclusión negociaciones sobre el desarme nuclear, por lo que no hay una disputa en ese específico sentido entre ambas Partes. Aspecto rebatido por las Islas Marshall dado que si bien no hay una aparente contradicción entre esas conductas "formalistas" en las votaciones (ante la AG) la India, sin embargo, incumple la obligación consuetudinaria de perseguir de buena fe el desarme nuclear a través de otras conductas.

4. Más allá de la dimensión interestatal y su direccionamiento hacia lo dispuesto en la Carta de la ONU sobre los pueblos.

La idea en este punto es considerar si no se podría dirigir la atención directamente hacia los pueblos, (Art.55 y siguientes de la Carta) en relación con este tema.

De alguna manera se incorpora una visión iusnaturalista del *ius gentium*, eso implica que si bien los procedimientos de la CIJ tienen una pragmática interestatal no significa que -en su razonamiento y motivación legal- haya un componente humanitario (*raison d´humanité*). Esta visión ha sido reivindicada con la Declaración del Milenio de la Asamblea General (Res.55/2/2000) donde

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

se estableció la determinación de "*to eliminate the dangers posed by weapons of mass destruction*".

Esta declaración agregó (Cançado Trindade: 2016) la cuestión de la responsabilidad hacia las sociedades, al expresar:

We have a collective responsibility to uphold the principles of human dignity, equality and equity at the global level. We have a duty therefore to all the world´s people, especially the most vulnerable and, in particular, the children of the world, to whom the future belongs.

Es imposible no considerar que el tema de las armas nucleares va más allá de una mera cuestión estatal o de política de defensa y seguridad nacional asentada en la teoría de equilibrio de poderes- sino que se enfoca en el mayor perjuicio que significa cualquier utilización de las armas nucleares para la humanidad en general. Detrás de cualquier fenómeno que amenace a la humanidad -en su conjunto- el argumento humanitario se vuelve de vital peso dado que hace a consideraciones de *ius cogens*, en este caso la convicción universal o de carácter general que tal conducta afecta valores fundamentales –amenazándolos- de la comunidad internacional y que su no observancia pone en peligro a la especie humana.

Asimismo, la visión del "interés nacional" no podría justificar las diversas políticas internacionales (*vis à vis* o entre Estados) tendientes a llevar a cabo programas nucleares para mantener el equilibrio de poderes. Sin embargo así lo pretenden demostrar Estados como Irán, Corea del Norte, Estados Unidos, Reino Unido, India, Pakistán, etc. Lamentablemente, la posición positivista extrema de la CIJ refuerza -en parte- esa visión dado que en la Opinión Consultiva de 1996 se desprende que la prohibición de las armas nucleares debe ser expresa.

Esta noción de humanidad como base de la argumentación es un fundamento más y se desprendería del sufrimiento y devastación que implicaría el uso de armas nucleares, aspectos netamente contrarios al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

5. La ilegalidad de las armas nucleares y la obligación de desarme.

Esta ilegalidad ya inferida de las diversas resoluciones –en su carácter *soft law*- toman el rango de *opinio iuris* internacional y se transforma en una costumbre internacional "*....the destructive effect* ..."[8]. En ese sentido, la International Law Association ha expresado que la obligación establecida en el Art. VI del TNP va más allá de los Estados Partes dado que forma parte de la costumbre general y que tiene carácter *erga omnes* ya que su violación afecta a la comunidad.

Así también lo ha mencionado L´Institut de Droit International cuando expresa que "*Existing international law prohibits the use of all weapons which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non military objects, or both armed forces and civilian population. In particular, it prohibits the use of weapons...*". Esta última referencia es de relevancia dado que refleja la opinión pública mundial sobre las consecuencias nefastas del uso de las armas nucleares[9].

Por otro lado, en el *Nuclear Test Case of* 1974[10] Nueza Zelanda invocó en su Memoria la obligación *erga omnes* –frente a la comunidad internacional- de no llevar a cabo ensayos nucleares. Aunque la CIJ en su dictamen final consideró que al haber Francia cesado sus ensayos el litigio había quedado sin objeto, cuando en realidad se le había solicitado que declarase que los ensayos nucleares atmosféricos eran contrarios al Derecho internacional[11].

Por otro lado, en la Opinión Consultiva de 1996[12] la CIJ declaró que no había en ninguna norma convencional o consuetudinaria una autorización específica para el uso o amenaza con armas nucleares, así como tampoco una prohibición total.

Sin embargo, agregó que tal amenaza o su uso es contrario al Art.2 (par.4) de la Carta de Naciones Unidas y que la conducción en los conflictos armados debe

[8] Annuaire de L´Institut de Droit International, Session d´Edimbourg (1969), p.49-99.
[9] International Law Association, Committee: Nuclear Weapons, Non Proliferation and Contemporary International Law, Washington Conference, 2014, p.2-4. Second Report on Legal Aspects of Nuclear Disarmament.
[10] International Court of Justice Reports 1974, p.272.
[11] The Nuclear Test Cases: Judicial Silence versus Atomic Blasts, Harvard International Law Journal (1975) p.615-627.
[12] Threat or Use of Nuclear Weapons.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

ser compatible con las normas aplicables en ellos, incluyendo las del derecho internacional humanitario, además, afirmó la obligación conducente a tomar negociaciones de buena fe sobre el desarme nuclear, en todos sus aspectos[13].

En esta misma O.C. de 1996 la Corte ha sido contradictoria dado que por un lado declaró con respecto a la amenaza o el uso de armas nucleares *"… would be generally contrary to the rules of international law applicable in armed conflict*", pero al mismo tiempo agregó que en el actual estado de las circunstancias "*… it cannot conclude definitively if the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self defense in which the survival of a State would be at stake*"[14]. Esta circunstancia –aún teórica como plantea la Corte[15] - es contradictoria con una interpretación sistemática del derecho internacional y sus normas dado que los Estados están obligados a respetar y asegurar la aplicación del derecho humanitario y los derechos humanos en general en cualquier circunstancia; podría invocarse incluso la cuestión del dominio del *ius cogens* al cual pertenecen. Por lo que un planteo dubitativo en ese sentido –del uso de armas nucleares en legítima defensa- es incongruente y carece de certeza jurídica.

Es interesante destacar que la Corte pese a las ambigüedades de la O.C de 1996 destacó sus efectos y reconoció que las armas nucleares pueden causar sufrimiento duradero e indiscriminado y que poseen un alto efecto destructivo (par.35). Asimismo, destaca que los principios del derecho internacional humanitario –que coinciden con la costumbre imperante- son intransgresibles (par. 79).

El argumento de la Corte para disminuir el carácter obligatorio de las resoluciones de la Asamblea General de ONU -sobre la ilegalidad de las armas nucleares y otorgarle el estatus de *opinio iuris* tendiente a cristalizar una costumbre en ese sentido- fue utilizar el tópico de la "*policy of deterrance*" para considerar que la comunidad internacional estaba dividida aún sobre el punto y que ello hacía imposible llegar a determinar la existencia de una *opinio iuris* a ese respecto (par.67).

[13] I.C.J. Reports 1996, p.266-267.
[14] I.C.J. Reports 1996, p.266.
[15] Aunque podría plantearse en un eventual enfrentamiento bélico entre EE.UU y Corea del Norte.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

Ese argumento solo da razón a un pequeño grupo de potencias nucleares pero no a la *opinio iuris* reflejada en las resoluciones de la Asamblea General, por lo que la Corte "deliberadamente o en el equívoco" utilizó un argumento político y no jurídico (como los elementos para constatar a costumbre) para evitar responder la cuestión planteada en la O.C. de 1996. Nuevamente, tanto en los casos contenciosos de 1974 como 1995 y la O.C. de 1996 la Corte Internacional perdió la oportunidad de asentar y ayudar a la consolidación de la *opinio iuris communis,* en lo que a la condenación de armas nucleares significa.

6. El *ius necessarium* que trasciende el *ius voluntarium*: la razón de humanidad.

El positivismo jurídico puede hacer pensar –trampa legal- que la ausencia de un tratado que prohíba expresamente las armas nucleares [16] y todas las actividades concernientes a ella implica que haya una mínima posibilidad de uso, como podría ser la *raison d´État* ante una eventual legítima defensa ante el uso o amenaza con armas nucleares. Ese *ius voluntarium* producto de los Estados y que emana de los tratados hoy existentes coadyuvan a que esa visión positivista -facilitada por las intervenciones de la CIJ en sus dos casos y una opinión consultiva- no haga más que evitar el argumento de fondo –y de peso jurídico- sobre la *raison d´humanité* (Cláusula Martens) que podría invocarse para considerar la ilegalidad de las armas nucleares. Aquella no hace más que invocar los principios de humanidad y los dictados de la consciencia pública internacional, no solo en casos de conflictos armados sino en el derecho internacional en general.

Esto conlleva el razonamiento de que la ausencia de norma concreta no puede significar su total permisividad cuando existen de manera consolidada normas de carácter humanitario y de derechos humanos que sirven para argumentar a favor de la prohibición.

En este sentido y dado los constantes desarrollos del Derecho internacional –junto a previsiones concretas de la Carta de ONU- luego de la Segunda Guerra Mundial el ser humano ha venido a ocupar un lugar central no solo en los

[16] No obstante, al tiempo de escribir este artículo existe el tratado de prohibición total ya referido en el texto.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

conflictos armados (Convenios de Ginebra) sino en cualquier circunstancia. Por lo que el argumento de la voluntad de los Estados ante determinadas cuestiones –que lindan más con lo político- no podría transformarse en una razón de peso para dejar de lado las razones humanas para sí entender que las armas nucleares tienen un efecto devastador presente y futuro; y que hoy día la comunidad de Estados No Nucleares se manifiesten en contra de aquellos que detentan programas nucleares. No es el argumento de Estado a Estado y las cuestiones relativas a los tratados ratificados sino el argumento *ius naturalis* que se contrapone al positivismo extremo en la material.

La voluntad de los Estados no puede significar más una excusa cuando lo que está en el fondo del debate es el derecho a la vida –ni más ni menos- y la supervivencia de la especie humana.

Este último punto tiene una connotación práctica dado que se ha ido en ese sentido. En 1984 el Comité de Derechos Humanos[17] del Pacto de Derechos Civiles y Políticos –en su comentario general- hizo hincapié en lo siguiente:

... gravity of this threat generates a climate of suspicion and fear between States, is in itself antagonistic to the promotion of universal respect for observance of human rights and fundamental freedoms in accordance with the Charter of the United Nations and the International Covenants on Human rights... production, testing, possession, deployment and use of nuclear weapons should be prohibited and recognized as crimes against humanity.

Finalmente, esa visión voluntarista es incompatible con el *ius cogens* dado que no sirve para explicar la creación de estas normas generales. Por lo que la labor de la Corte en el caso de estudio pudo haber dado una claridad certera a la existencia de una normativa consuetudinaria que colaborara con la *opinio iuris* en el sentido de aceptar la prohibición de las armas nucleares. Sobre todo porque en los casos mencionados las Resoluciones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad y los tratados existentes reafirman algunas obligaciones concretas y cristalizan que el ensayo, producción, almacenamiento, etc., son peligrosos para la vida y supervivencia humana. Por lo cual, su consecuente

[17] General Comment N°14 of the HCR, text in: United Nations, Compilation of General Comments ad General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, DOC.HRI/GEN/1/, Rev.3 p.18-19, 1997.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

lógico es la prohibición si se le agregan los argumentos humanistas (*ius necessarium*) que provienen del *ius cogens,* donde ha quedado demostrado que la conciencia jurídica internacional (de la que habla Cançado Trindade) a través de las innumerables resoluciones dan por válida la costumbre sustentada. Al menos, sería la única solución jurídica-argumentativa para escapar del vicio intrínseco del positivismo que la CIJ ha respaldado, no siempre coherente y ambiguo a lo largo del texto de sus sentencias u opiniones. Como en otras ocasiones, se reclama un mayor activismo de la Corte en temas que requieren reafirmar la importancia de los derechos humanos frente a las armas nucleares como base de fondo en el pedido que realizó las Islas Marshall frente a las potencias nucleares.

7. El impacto humanitario de las armas nucleares.

En el trámite llevado ante la CIJ de las Islas Marshall se hicieron varias referencias a las Conferencias sobre el impacto humanitario de las armas nucleares donde Islas Marshall reafirmó la obligación de los Nuclear Weapons States en llevar a cabo las negociaciones tendientes al desarme nuclear.

Las mencionadas conferencias desde 2013-2014 [18] han sustentado una enorme preocupación por los efectos de las armas nucleares en los seres humanos y pueblos. En las Conferencias se remarcó la necesidad de dirigir la atención a la dimensión humana y su importancia y enfocarse en despertar la conciencia jurídica de la comunidad internacional mundial. Las conferencias atendieron diversas cuestiones.

Por ejemplo en Oslo[19] se consideró el impacto inmediato de una detonación nuclear tanto para los Estados, Organizaciones Internacionales y Sociedad Civil ante tal evento. En ese sentido se consideró que no había una respuesta efectiva por parte de aquellos para mitigar los efectos destructivos. Asimismo, el Comité de la Cruz Roja Internacional recomendó que la mejor medida para tales efectos era de tipo preventiva o cautelar: la total abolición de las armas nucleares como única manera de que no se utilicen.

[18] Oslo, 2013, Nayarit 2013 y Viena 2014.
[19] Chair´s Summary: The Humanitarian Impact of Nuclear Weapons, Oslo p.2, Ministry of Foreign Affairs, Norway (en C. Trindade, 2016, p. 282).

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

En la segunda conferencia Islas Marshall declaró la falta de cumplimiento en la obligación del Art.VI del Tratado de No Proliferación y del derecho consuetudinario de comenzar y concluir negociaciones sobre el desarme nuclear. En sus conclusiones, la Conferencia remarcó que la mera existencia de armas nucleares genera riesgos dado los planes militares de los Estados con Armas Nucleares que prevén la preparación para el uso deliberado de aquéllas. En ese sentido, la conferencia declara que el riesgo no solo es deliberado, sino por accidente o error de cálculo.

Finalmente, en la tercera conferencia donde participan los Estados en la disputa (Reino Unido, India, Pakistán e Islas Marshall), fue argumentado por la Cruz Roja que las armas nucleares no respetan los principios de proporcionalidad del Derecho humanitario (convencional y consuetudinario) dado que causan males excesivos y sufrimiento en los seres humanos y con efectos dañinos en el medioambiente. Incluso el Secretario de NN.UU Ban Ki Moon declaró:

...Upholding doctrines of nuclear deterrence does not counter proliferation, but it makes the weapons more desirable. Growing ranks of nuclear armed States does not ensure global stability, but instead undermines it. The more we understand about the humanitarian impacts, the more it becomes clear that we must pursue disarmament as an urgent imperative.

Las conclusiones de la conferencia tercera se encaminaron a reafirmar los efectos devastadores para la salud y el medioambiente, al extremo de aclarar que las consecuencias de la radiación en niños y mujeres son aún mayores. Al punto de volver a manifestar que una detonación accidental o intencionada es latente. Nuevamente el deseo de la total eliminación de las armas nucleares quedó de manifiesto. Se dejó claro que aún no hay –al menos convencionalmente- una prohibición de las armas nucleares como si referidas a las armas biológicas y químicas, especialmente en lo referido a su posesión, transferencia, producción y su uso. Aunque hoy ha sido mitigado debido a la existencia del Tratado de Total Prohibición de las Armas Nucleares de 2017.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

8. Conclusiones.

El reciente caso ante la CIJ ha marcado un rumbo tildado de timidez y poca justificación sobre el tratamiento legal acerca de las obligaciones consuetudinarias relativas al cese y desarme de las armas nucleares; que se han gestado desde las incontadas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad. En esta oportunidad la CIJ se ha apartado de su jurisprudencia constante sobre las condiciones que deben reunirse para que un caso sea objeto del tratamiento de fondo, una forma elegante de esquivar una responsabilidad más importante.

En este caso, la CIJ consideró que no estaba en presencia de una controversia internacional y que por ende no existía una disputa ante su jurisdicción. En la especie la Corte entendió que debió darse cumplimiento al requisito de haber agotado los recursos diplomáticos o políticos –como las negociaciones- y que tuvo que haber existido una previa notificación de las Islas Marshall a los Estados demandados. No obstante, dentro del cuadro normativo conformado por normas generales del Derecho internacional, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, normas consuetudinarias, etc., no existe un mandato de que tal requisito deba cumplirse para considerar que hay una disputa. Basta ver los diversos fallos citados (*ut supra*) para entender que el razonamiento legal de la Corte ha sido ajeno y distinto a sus fallos precedentes. Si bien es cierto que puede haber dudas sobre el verdadero valor de la jurisprudencia internacional como fuente legal de obligaciones, no es menos cierto que un cambio de postura requiere de cierta legitimación en sus "*legal grounds*" que no se aprecian en el presente caso.

Los motivos o consideraciones tal vez sean políticos y enraizados en la *raison d´Etát* del interés y seguridad nacional, pero no jurídicos. Esta circunstancia ha sido letal dado que ha impedido –de *mutu propio*- que la Corte ingresara al fondo del mérito del asunto y dictara una sentencia obligatoria para las Partes, pero que sirviera de antecedente y marcara la consolidación de una costumbre que parecería ser existente de antaño.

Finalmente, el nuevo tratado de prohibición expresa y total sobre las armas nucleares de 2017, parecería ir rumbo a consolidar o cristalizar (¿ahora sí?)

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

una costumbre internacional –bloqueada por los consensos de los NWS[20]- que obligue a todos los Estados a prohibir su producción, almacenamiento, conservación, ensayo, etc. Sin duda que los problemas no radicarán en si se dispone de una norma convincente, sino en los medios que van a utilizarse para la supervisión y control junto a las medidas que se tomarán bajo el Cap.VII de la Carta en caso de incumplimiento, dado que toda contravención supondría una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

9. Bibliografía

9.1 Documentos y textos doctrinarios

- Annuaire de L´Institute de Droit International, Session d´Edimbourg (1969), p.49-99.
- Cançado Trindade, A. (2016). *A Plea in Support of Prompt Compliance with the Obligations of Cessation of the Nuclear Arms Race and of Nuclear Disarmament*. Curso de Derecho Internacional XLIII, 2016. Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos.
- International Law Association, Committee: Nuclear Weapons, Non Proliferation and Contemporary International Law, Washington Conference, 2014, p.2-4. Second Report on Legal Aspects of Nuclear Disarmament.
- International Court of Justice Reports 1974, p.272.
- The Nuclear Test Cases: Judicial Silence versus Atomic Blasts, Harvard International Law Journal (1975) p.615-627.
- General Comment N°14 of the HCR, text in: United Nations, Compilation of General Comments ad General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, DOC.HRI/GEN/1/, Rev.3 p.18-19, 1997.
- Chair´s Summary: The Humanitarian Impact of Nuclear Weapons, Oslo p.2, Ministry of Foreign Affairs, Norway (en C. Trindade, 2016, p. 282).

[20] Nuclear Weapons States.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales

9.2 Jurisprudencia

- *Armed Activities on the Territory of the Congo, D.R. Congo v, Rwanda*, (2006) CIJ.
- *Mavrommatis Palestine Concessions* (1924) CIJ.
- *Crystallex vs. Venezuela* (Award, 2016) CIADI.
- *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion* (1950) CIJ.
- *East Timor, Portugal vs. Australia* (1995) CIJ.
- *Liechtenstein vs. Germany, Certain Property* (2005) CIJ.
- *South West Africa, Preliminary Objections* (1962) CIJ.
- *Land and Maritime Boundary, Cameroon vs. Nigeria* (1998) CIJ.
- *The Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Georgia v. Russian Federation* (2011) CIJ.
- *Advisory Opinion on the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996) CIJ.
- *Nuclear Test Case New Zealand* (1974) CIJ.
- www.icj.org and www.icsid.org.

Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales