
La obligación de negociar el desarme nuclear: ¿un objetivo judicialmente incontrolable?

(Algunas cuestiones a la luz de los asuntos de las Islas Marshall)

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

Catedrática de Derecho internacional público
Universidad de Oviedo
pandres@uniovi.es

Sumario: 1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL ART. VI DEL TRATADO SOBRE LA NO PROLIFERACIÓN DE ARMAS NUCLEARES Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 2. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL DESARME NUCLEAR Y LA DOCTRINA DEL *ORO AMONEDADO*. 3. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL DESARME NUCLEAR Y LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: ¿APLAUDIR CON UNA SOLA MANO? 4. UNA VEZ MÁS, *DE MAXIMIS NON CURAT PRAETOR*. 5. EPÍLOGO: EL TRATADO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES Y LAS AUSENCIAS SIGNIFICATIVAS.

U n sector del Derecho internacional ampliamente cultivado por los profesores Bermejo García y Gutiérrez Espada es sin duda el del mantenimiento de la paz; sus discípulos han asumido también esta línea de investigación, de forma que el conjunto de sus contribuciones conforma un relevante cuerpo doctrinal. Compartiendo con ellos el interés por esta dimensión, pretendo ofrecer a continuación unas reflexiones sobre algunas cuestiones actuales relacionadas con el desarme nuclear, desde la convicción de su vital importancia para la paz y la seguridad internacionales.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL ART. VI DEL TRATADO SOBRE LA NO PROLIFERACIÓN DE ARMAS NUCLEARES Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Como es sabido, el art. VI del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, de 1968 (TNP), dispone que «Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme

nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional». Según ha puesto de relieve A. Pigrau Solé, «Esta disposición, que no se encuentra en ningún otro texto jurídico vinculante para los Estados, es la contrapartida principal que los EPAN aceptaron a cambio del compromiso de los EPAN a renunciar al arma nuclear y representa el reconocimiento explícito de la vinculación entre la no proliferación y el desarme nuclear»¹, añadiendo que los ENPAN atribuyen una importancia capital a este artículo, hasta el punto de que para ellos define el auténtico objetivo del Tratado².

En su Opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de 1996, la CIJ se declaró consciente de la importancia del art. VI del TNP y afirmó por unanimidad que:

«Existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un estricto y eficaz control internacional»³.

La Corte se preocupó por precisar que «la importancia jurídica de esa obligación va más allá de la mera obligación de observar una conducta; se trata de una obligación de lograr un resultado concreto –el desarme nuclear en todos sus aspectos– procediendo de una determinada manera, a saber, emprendiendo negociaciones de buena fe sobre la cuestión»⁴. La relevancia de este pronunciamiento, que extrae todas las consecuencias jurídicas del contenido del art. VI, es indiscutible pero al valorarlo M.J. Cervell Hortal señaló con razón:

«El problema consiste ahora en saber qué tienen en mente los Estados nucleares al respecto. ¿Cómo entienden ellos el TNP?: ¿Como un tratado

¹ La última consulta a todas las fuentes electrónicas citadas en este trabajo se ha realizado el 20 de enero de 2018.

PIGRAU SOLÉ, A., «El empleo de armas nucleares ante el Derecho internacional humanitario», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 144. EPAN y ENPAN son las siglas utilizadas para aludir a los Estados poseedores de armas nucleares y a los Estados no poseedores de armas nucleares respectivamente.

² *Ibid.*, p. 145.

³ Párrafo 2.F de la parte dispositiva.

⁴ Apartado 99 de la Opinión consultiva. Véanse también los apartados 100-103. En esta contribución, en las citas de este texto utilizaremos la versión en español elaborada por Naciones Unidas, Doc. A/51/218.

que, simplemente, quería evitar la proliferación de armas nucleares en países que ellos consideraban peligrosos e inestables, viniendo así a consagrar su papel de *supremos controladores* de las armas nucleares? ¿O, por el contrario, el TNP era un estadio intermedio que propiciaría las conversaciones a fin de que también los Estados nucleares renunciaran al armamento nuclear? Parece fuera de duda que las potencias nucleares interpretan el TNP en el primer sentido... nunca [ha habido] verdaderas intenciones de renunciar a un tratado por el que renuncien, de modo absoluto y definitivo a las armas nucleares»⁵.

Aunque escritas en 1999, estas apreciaciones se han venido confirmando con el paso del tiempo: los convenios sobre prohibición de otras armas de destrucción masiva, como son las bacteriológicas (biológicas) y las químicas no ha sido seguidos por otro sobre las armas nucleares, el Tratado de prohibición completa de ensayos nucleares, de 1996, sigue sin entrar en vigor y el Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares, de 2017, ha sido celebrado con la ausencia de los EPAN.

Así las cosas, es comprensible que un pequeño Estado tan sensibilizado contra las armas nucleares como la República de las Islas Marshall presentara ante la CIJ en abril de 2014 demandas contra los nueve Estados poseedores de armas nucleares por incumplimiento de sus obligaciones relativas al cese de la carrera para la posesión de armas nucleares y al desarme nuclear, aunque el caso quedó circunscrito solo a los tres Estados (Reino Unido, India y Pakistán) que tenían formulada la declaración aceptando la competencia de la Corte prevista en el art. 36.2 del Estatuto. En los tres asuntos⁶, el demandante invocaba el incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe consagrada en el art. VI del TNP, exigible al Reino Unido por su condición de parte en el Tratado y a India y Pakistán porque en opinión de las Islas Marshall tal obligación enunciada en esa disposición se aplicaría a todos los Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario.

⁵ CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho internacional ante las armas nucleares*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 1999, p. 81.

⁶ Asunto de las *obligaciones relativas a las negociaciones sobre el cese de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido)*; asunto de las *obligaciones relativas a las negociaciones sobre el cese de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*; asunto de las *obligaciones relativas a las negociaciones sobre el cese de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Pakistán)*.

En sus sentencias de 5 de octubre de 2016, recurriendo a una discutible argumentación⁷ y por un estrecho margen⁸, la CIJ estimó las excepciones preliminares basadas en la ausencia de controversia y se declaró incompetente, por lo que no llegó a pronunciarse sobre el alcance de la obligación de negociar de buena fe contenida en el art. VI del TNP ni sobre su presunto carácter consuetudinario. No obstante, en las posiciones de las partes y en las Opiniones y Declaraciones de algunos Jueces se plantearon otras cuestiones de interés relacionadas con esta obligación y su apreciación por la Corte, de las que nos ocuparemos seguidamente.

2. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL DESARME NUCLEAR Y LA DOCTRINA DEL *ORO AMONEDADO*⁹

Una de las excepciones preliminares formuladas por el Reino Unido consistió en invocar la doctrina del *Oro amonedado*, en el sentido de que las alegaciones de las Islas Marshall afectaban directamente a los intereses de Estados que no eran partes en el asunto, por lo que en ausencia de esas partes en su

⁷ Las críticas se centran en que la Corte entendió que no se podía afirmar que el demandado «tenía conocimiento, o no podía no tenerlo» de las alegaciones de las Islas Marshall sobre su incumplimiento (véanse los apartados 52 y 57 de la Sentencia relativa al Reino Unido y 48 y 52 de las Sentencias relativas a India y Pakistán, respectivamente); lo que se ha valorado como un formalismo que se aparta de la jurisprudencia anterior (así lo entendieron el Vicepresidente Yusuf y los Jueces Tomka, Crawford, Bennouna, Robinson, Sebutinde, Cançado Trindade y el Juez *ad hoc* Bedjaoui). A. Garrido Muñoz se hace eco de la polémica pero no comparte la crítica y entiende que la CIJ toma en serio un requisito que entronca con el núcleo de su función judicial (GARRIDO MUÑOZ, A., «Los requisitos procesales en serio: la existencia de una ‘controversia internacional’ en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia», *REDI*, vol. 70, 2018, pp. 127-153).

⁸ En el asunto del Reino Unido, por ocho votos contra ocho y el voto de calidad del Presidente; en los de India y Pakistán, por nueve votos contra siete.

⁹ Asumimos aquí la denominación defendida por C. Jiménez Piernas, siguiendo a S. Torres Bernárdez, como «más neutra y correcta» que la de parte o tercero indispensable, fórmula que en opinión de ambos «es un artificio que conduce a confusión alegar que un tercero ajeno al litigio se convierta en parte indispensable del mismo por la directa implicación de sus derechos u obligaciones en ese litigio, e impida a la Corte en su ausencia a pronunciarse entre las partes que sí han aceptado su competencia» (JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Fundamento, concepto y naturaleza jurídica de la doctrina del oro amonedado (tercero indispensable) en la jurisprudencia internacional», en SALINAS DE FRÍAS, A., VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, t. II, Sevilla, 2005, pp. 733-735; las citas entrecomilladas se encuentran en las pp. 735 y 734 respectivamente).

opinión esenciales la Corte sería incompetente¹⁰; según aquel Estado, la CIJ no podría pronunciarse sin apreciar necesariamente, al mismo tiempo, la licitud del comportamiento de otros Estados; en apoyo de su posición, se invocaba la jurisprudencia de la Corte relativa a la citada doctrina, sosteniendo que no procedía hacer una aplicación estricta del criterio establecido en el asunto del *Oro amonedado* según el cual los intereses jurídicos del tercer Estado han de constituir el «objeto mismo» de la decisión¹¹.

La CIJ no tuvo que entrar a analizar esta excepción, que la habría colocado una vez más ante un concepto indeterminado¹² y de aplicación incierta¹³. C. Jiménez Piernas ha sintetizado en tres tipos las respuestas de la CIJ ante la doctrina del oro amonedado en atención a la repercusión sobre su competencia: efecto negativo, cuando la Corte ha declinado o rehusado su competencia, respetando absolutamente los derechos u obligaciones del tercero; efecto restrictivo, cuando ha limitado el objeto de la controversia para respetar suficientemente la posición del tercero y dirimir exclusivamente sobre los derechos u obligaciones de las partes, fallando sobre el fondo del asunto; rechazo de la alegación de la doctrina, con el consiguiente efecto afirmativo de su competencia¹⁴. Respecto del primer

¹⁰ En sus Contra-Memorias, tanto India como Pakistán hicieron alusión también al principio del Oro amonedado, aunque con menos énfasis (véase *Counter-Memorial of India*, 16 de septiembre de 2015, apartados 427-34, pp. 17-19, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/18900.pdf>; *Counter-Memorial of Pakistan (Jurisdiction and Admissibility)*, 1 de diciembre de 2015, apartados 8.73-8.80, pp. 56-57, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/159/18920.pdf>).

¹¹ Véase *Preliminary Objections of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 15 de junio de 2015, apartados 83-103, p. 36-48, disponibles en http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/20150615_preliminary_objections_en.pdf y las intervenciones en las audiencias orales del 9 y 14 de marzo de 2016 de la consejera J. Wells (CR 2016/3, apartados 1-45, pp. 44-57, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/160-20160309-ORA-01-00-BI.pdf>; CR 2016/7, apartados 1-19, pp. 28-32, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/160-20160314-ORA-01-00-BI.pdf>).

¹² ESPÓSITO, C.D., «El asunto Timor Oriental ante la Corte Internacional de Justicia», *ADI*, vol. XII, 1996, p. 626.

¹³ THIENEL, T., «Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The *Monetary Gold* Principle», *GYIL*, vol. 57, 2014, p. 323. M.A. Ruiz Colomé lo ha calificado como «un traje procesal hecho a la medida del Tribunal Internacional de Justicia, que le permite, en cada caso concreto, decidir con un gran margen de maniobra, si entra o no a conocer sobre el fondo del asunto» (RUIZ COLOMÉ, M. A., «El ‘tercero indispensable’ en el asunto de Timor oriental: una noción a la medida de la Corte Internacional de Justicia para la determinación de su propia competencia», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, p. 123).

¹⁴ JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Efectos explícitos e implícitos de la doctrina del oro amonedado: la restricción de la competencia de la CIJ en litigios de límites con presencia de trifinios», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, Eurolex, 2005, pp. 292-293.

efecto, que sería el pretendido por los demandados, este autor recuerda que solo hay dos precedentes en la jurisprudencia de la Corte, los casos del *Oro amonedado* y de *Timor Oriental*, con un intervalo de cuarenta años¹⁵, situación que se mantiene hasta la actualidad.

Algunos jueces se detuvieron a analizar el alcance del principio y su posible repercusión en los casos planteados por las Islas Marshall. Así, J. Crawford, tras recordar que «The case law has however set firm limits to the Monetary Gold principle. It applies only where a determination of the legal position of a third State is a necessary prerequisite to the determination of the case before the Court... An inference or implication as to the legal position of that third State is not enough: its position is protected by Article 59 of the Statute»¹⁶, añadió:

«The decision of a given case may or may not rest on a prior determination of the legal position of a third State depending on how the case is put. In the present case, Monetary Gold may well impose limits on the consequences that can be drawn from the Respondent's conduct, if indeed it is held to involve a breach of international law. But precisely what those limits are will depend on the ground of decision. It is true, for example, that the Court cannot order third States to enter into negotiations, and that one cannot negotiate alone. But a third State could breach an obligation

¹⁵ *Ibid.*, p. 299. Véase el análisis de ambos casos, así como el de los supuestos en que la CIJ ha rechazado la aplicación de la doctrina *ibid.*, pp. 299-304 y 294-299 respectivamente. No obstante, este principio se ha ponderado también en algunos arbitrajes; así ha sucedido en el arbitraje sobre el *mar de China meridional (República de Filipinas c. República Popular de China)* respecto a la posición de terceros Estados como Vietnam o Malasia (véase la Sentencia de 29 de octubre de 2015 (competencia y admisibilidad), apartado 181, disponible en <https://pcacases.com/web/sendAttach/1506> y la Sentencia de 12 de julio de 2016, apartado 640, disponible en <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>). En sus Conclusiones sobre el asunto *Western Sahara Campaign UK y The Queen contra Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs y Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, el Abogado General M. Wathelet se refiere al principio del Oro amonedado para descartar su aplicación en relación con la competencia del TJUE (asunto C-266/16, véase el apartado 57 de las Conclusiones, disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198362&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=59981>); el motivo de valorar este principio en el caso proviene de que en su cuarta cuestión prejudicial, el Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y País de Gales), Sala de lo Contencioso-Administrativo, lo mencionaba expresamente (véase el apartado 32 de las citadas Conclusiones).

¹⁶ *Dissenting Opinion of Judge Crawford*, apartado 32, p. 10 (asunto Islas Marshall c. Reino Unido, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/19224.pdf>).

to negotiate by its own conduct and the Court could determine as much. Everything depends on what the precise scope and application of Article VI of the NPT, or any parallel customary international law obligation, entail. This is at the heart of the dispute in the present case. But these are all issues for the merits»¹⁷.

Por su parte, en coherencia con su defensa de lo que denomina el principio de humanidad, el juez A. Cançado Trindade recordó su oposición al principio del Oro amonedado, del que considera que «which does not belong to the realm of the prima principia, being nothing more than a concession to State consent, within an outdated State voluntarist framework»¹⁸; en esa línea, afirmó que:

«the adjudication of a case like the present one shows the need to go beyond the strict inter-State outlook. The fact that the mechanism for the adjudication of contentious cases before the ICJ is an inter-State one, does not at all imply that the Court's reasoning should likewise be strictly inter State. In the present case concerning nuclear weapons and the obligation of nuclear disarmament, it is necessary to focus attention on peoples, rather than on inter-State susceptibilities»¹⁹.

Las características difusas del principio ya apuntadas aconsejan prudencia a la hora de intentar adivinar cuál hubiera sido la respuesta de la Corte en los casos que nos ocupan. En todo caso, no parece insensato defender que para resolver las demandas de las Islas Marshall la Corte no habría necesitado pronunciarse previamente sobre derechos u obligaciones de terceros que además fueran indistinguibles de los de los Estados demandados y que, en definitiva, los intereses jurídicos de terceros no constituirían el núcleo de la controversia. En esta vía, las Islas Marshall argumentaron en detalle que la

¹⁷ *Ibid.*, apartado 33, pp. 10-11. En idénticos términos se expresa en su Opinión disidente en los asuntos c. India (apartados 29-30, pp. 9-10, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/19160.pdf>) y c. Pakistán (apartados 29-30, pp. 9-10, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/159/19192.pdf>).

¹⁸ *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, apartado 130, p. 38 (asunto Islas Marshall c. Reino Unido, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/19210.pdf>).

¹⁹ *Ibid.*, apartado 131. En los mismos términos se expresa en su Opinión disidente en los asuntos c. India (apartados 134-135, p. 39, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/19146.pdf>) y c. Pakistán (apartados 124-125, p. 36, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/159/19178.pdf>).

valoración individual de la conducta de un Estado en relación con el desarme nuclear es factible:

«the fact that other States may have breached the obligation to negotiate does not and cannot exclude the possibility for the Court to assess independently whether the United Kingdom is complying with the same obligation. There is no reason to believe that this obligation is of such a nature that it cannot be invoked against a single State or a number of individual States. Nor does the fact that there are other States that may have breached their obligation to negotiate nuclear disarmament exclude the possibility of seeking remedies against one State or of bringing the question of that State's compliance with this obligation before an international tribunal»²⁰.

Desde otra perspectiva, conviene recordar un rasgo de la doctrina del Oro amonedado que también ha sido puesto de relieve por C. Jiménez Piernas: el bilateralismo como fundamento del principio, en un sistema de arreglo judicial en el que impera también esta característica²¹. Se trata de un elemento que subyace en los asuntos planteados por las Islas Marshall y al que volveremos a referirnos en el apartado siguiente.

²⁰ *Statement of Observations of the Marshall Islands Re Preliminary Objections Raised by the United Kingdom*, apartado 105, pp. 37-38, disponible en http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/20151015_statement_en.pdf; véanse también las intervenciones de P. Palchetti en las audiencias orales en los asuntos contra Reino Unido e India (CR 2016/5, pp. 38-44, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/160-20160311-ORA-01-00-BI.pdf>; CR 2016/9, pp. 26-30, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/160-20160316-ORA-01-00-BI.pdf>; CR 2016/1, pp. 52-57, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/158-20160307-ORA-01-00-BI.pdf>; CR 2016/6, pp. 34-37, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/158-20160314-ORA-01-00-BI.pdf>). En el asunto de *Timor Oriental*, el juez M. Weeramantry defendió en su opinión disidente el carácter individual de la responsabilidad, señalando que «Principles of State responsibility, based on the autonomous and individual nature of each State, require that where two States are accessory to a wrongful act, each State must bear international responsibility for its own internationally wrongful act.» (CIJ, *Recueil* 1995, p. 170 (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-05-EN.pdf>). La doctrina especializada coincide en defender una interpretación restrictiva del principio del Oro amonedado; así, tras un análisis global de la jurisprudencia de la CIJ, A. Nollkaemper considera que «It would seem that the *Monetary Gold* principle should be narrowly construed and generally should not preclude the exercise of jurisdiction in cases of shared responsibility» (*Issues of Shared Responsibility before the International Court of Justice*, SHARES Research Paper 01 (2011), ACIL 2011-01, disponible en www.sharesproject.nl y SSRN).

²¹ «Fundamento, concepto y naturaleza jurídica de la doctrina del oro amonedado (tercero indispensable) en la jurisprudencia internacional», *op. cit.*, p. 742.

En este orden de ideas, la doctrina del Oro amonedado se ajusta mal a las características de las obligaciones multilaterales. En el asunto de *Timor Oriental*, el juez M. Weeramantry advirtió sobre la necesidad de tener en cuenta su singularidad para no impedir la invocación de la responsabilidad internacional, señalando:

«Reference has already been made to the fact that the multilateral aspect of obligations is gaining increasing significance in modern international law. Any instrumentality charged with administering international law in this context needs to take account of this aspect so as not to restrict the development of international law in keeping with this trend. Foremost among the sources of multilateral obligations is the United Nations Charter, under which all States alike are vested with rights and responsibilities which all others must recognize. In this network of interlocking international relationships, each State which is impugned by another for failure to abide by its international obligations must answer for itself, in accordance with the principle of individual responsibility already outlined. It cannot plead another State's responsibility as an excuse for its own failure to discharge its own responsibility»²².

Una interpretación amplia del principio, como la propugnada por el Reino Unido frente a las demandas de las Islas Marshall, neutralizaría cualquier intento de arreglo judicial. Por eso, al oponerse a esa pretensión, las Islas Marshall advirtieron de que una interpretación del ámbito de aplicación del principio del oro amonedado tan amplia como la que proponía el Reino Unido tendría como consecuencia conceder inmunidad de control judicial a una gran diversidad de situaciones²³. En puridad, esto iría en detrimento del papel de la CIJ como órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Así se advirtió ya con ocasión del asunto de *Timor Oriental*²⁴.

²² Opinión disidente, *op. cit.*, p. 173.

²³ Así lo afirmó el consejero M. Palchetti en la audiencia del 11 de marzo de 2016 (CR 2016/5, *op. cit.*, apartado 11, p. 41). La posición de las Islas Marshall sobre esta cuestión se encuentra en *Statement of Observations of the Marshall Islands Re Preliminary Objections Raised by the United Kingdom*, *op. cit.*, apartados 97-114, pp. 35-41).

²⁴ Se dijo entonces que «The Court's continued reliance on article 59 in order to avoid the reality of the multilateral nature of disputes prevents the introduction of the U.N. Charter model, and thus greater justice, into international relations. In the rare event that a dispute is purely bilateral in nature, article 59 may have a logical purpose. However, it is difficult for the Court to ignore that disputes are increasingly multifaceted. It is unrealistic to expect article 59 to serve as a blanket protection of third states' interests... If the Court does not take cognizance of the

3. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR EL DESARME NUCLEAR Y LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: ¿APLAUDIR CON UNA SOLA MANO?

Cuando la CIJ proclamó en 1996 la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear, añadió algunas consideraciones sobre los sujetos implicados. Así, afirmó:

«Esa obligación bimembre... incumbe a los 182 Estados Partes en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares o, en otras palabras a la gran mayoría de los integrantes de la comunidad internacional.

Además, la práctica totalidad de la comunidad internacional parece ser parte directa, habida cuenta de que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas al desarme nuclear se han aprobado repetidamente por unanimidad. Ciertamente, cualquier intento realista de lograr un desarme general y completo, particularmente de carácter nuclear, requiere la cooperación de todos los Estados»²⁵.

Señalar como afectados por la obligación a todos los Estados Partes en el TNP, es incontestable; con esa precisión la Corte se limitó a enunciar lo que el propio art. VI del Tratado ya hace. Ahora bien: ¿se deduce de la última frase del apartado reproducido que no cabe exigir de forma individual el cumplimiento de la obligación de negociar porque no tendría efectos prácticos? Así se quiso plantear en los asuntos de las Islas Marshall por parte de los demandados, con una argumentación paralela a la de las «partes indispensables», por utilizar la expresión constantemente usada por el Reino Unido²⁶.

multilateral nature of the cases before it, and if the Statute of the ICJ remains unaltered, one may question whether adjudication, as opposed to negotiation, mediation, or arbitration, is an appropriate method of settling multilateral disputes» (KLEIN, N.S., «Multilateral Disputes and the Doctrine of Necessary Parties in the East Timor Case», *Yale Journal of International Law*, vol. 21, [1996], pp. 327-328). Como apunta A. Nollkaemper, «Several cases... have illustrated the tension between the bilateral nature of dispute settlement before the Court and the more collective, multilateral nature of some of the substantive principles (whether *de lege lata* or *de lege feranda*) of shared responsibility. As many authorities will look to the Court as a first port of call for guidance, the procedural aspects of the Court's jurisdiction indeed has hampered the development of the law» (NOLLKAEMPER, A., *Issues of Shared Responsibility before the International Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 48-49).

²⁵ Apartado 100 de la Opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.

²⁶ Reiterando la adhesión a la terminología defendida por S. Torres Bernárdez y asumida por C. Jiménez Piernas, hay que reconocer que la expresión «partes indispensables» es de amplio uso, en particular en el ámbito anglosajón.

En efecto, en sus excepciones preliminares, este Estado señaló que la demanda de las Islas Marshall no entraba en el marco de la función judicial de la Corte porque las pretensiones de este Estado no tendrían ninguna consecuencia práctica. En su opinión,

«the United Kingdom cannot conduct negotiations on its own, still less can it successfully conclude negotiations by itself. It is an obligation that, as a matter of logic, requires the participation of at least one other State and, as a matter of practice, requires the participation of at least all other nuclear-weapon States»²⁷.

En las audiencias, este argumento fue desarrollado por D. Bethlehem, consejero del Reino Unido, quien apuntó:

«A judgment by the Court on the merits would not bind any State other than the Marshall Islands and the United Kingdom. It would not bind any non-State actor. Yet it is into this world that the Marshall Islands would seek to inject declarations by the Court of bad-faith illegality and an order of the Court compelling one NPT nuclear-weapon State to negotiate. Such an outcome would be astonishing and would raise some pretty fundamental and searching questions about the judicial function and the principle of effectiveness»²⁸.

En su opinión, el principio del efecto útil pertenece al núcleo de la función de la Corte, de forma que «The Court could *ex hypothesi* order the United Kingdom to be the one hand clapping but this goes straight to the very heart of the principle of effectiveness and the judicial integrity of the Court»²⁹; en sus conclusiones, vincula esta idea a su calificación del asunto como artificial:

«*This is an artificial case* in which the United Kingdom, by dint of being the only NPT nuclear-weapon State to have made an optional clause declaration, is sought to be enjoined to be the one hand clapping»³⁰.

²⁷ *Preliminary Objections of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *op. cit.*, apartado 110, p. 51.

²⁸ Intervención de D. Bethlehem en la audiencia pública mantenida el 9 de marzo de 2016, CR 2016/3, *op. cit.*, apartado 55, p. 31.

²⁹ *Ibid.*, apartado 56.

³⁰ *Ibid.*, apartado 58, p. 32.

Por su parte, en su Contra-Memoria, Pakistán defendió que la cuestión planteada no podría ser resuelta por vía judicial, apuntando que:

«In the absence of a collective and simultaneous decision taken by all the NWS, fulfilment of the alleged customary international law obligations «rooted» and «enshrined» in Article VI of the NPT cannot lead to nuclear disarmament. This was acknowledged by the Court in its 1996 Advisory Opinion, wherein it stated that ‘any realistic search for general and complete disarmament, especially nuclear disarmament, necessities the cooperation of all States’»³¹.

Según este Estado, la estimación de la demanda de las Islas Marshall no tendría ningún efecto jurídico concreto porque:

«Granting to the RMI the relief sought against Pakistan would not (and could not) have any effect on the NWS which are not participating in the proceedings before the Court but whose presence is required in any negotiations toward nuclear disarmament. By seeking to portray the matter as one arising solely between the RMI and Pakistan, the RMI gives a seriously misleading impression concerning the true nature of nuclear disarmament and the extraordinary steps each of the NWS would need to take to fulfil the alleged international customary law obligations «rooted» and «enshrined» in Article VI of the NPT»³².

A su vez, India también señaló en su Contra-Memoria que la cuestión del desarme nuclear debe dar lugar a un tratado multilateral y que a menos que todos los EPAN participen en las negociaciones y alcancen un consenso, el desarme sería una quimera³³. En las audiencias, el consejero A. Pellet insistió en esta idea:

«On ne négocie pas tout seul, Monsieur le président. L’Inde ne peut négocier avec elle-même: en l’absence, au minimum, des autres puissances nucléaires, la requête des abusive – mais c’est sans doute le cas – Iles Marshall est, au mieux, sans objet, au pire...»³⁴

³¹ *Counter-Memorial of Pakistan, op. cit.*, apartado 8.98, p. 60.

³² Apartado 8.101, *ibid.*, p. 61.

³³ Véase *Counter-Memorial of India, op. cit.*, 16 de septiembre de 2015, apartado 42, p. 22.

³⁴ Intervención de A. Pellet en la audiencia pública mantenida el 10 de marzo de 2016, CR 2016/4, apartado 20, p. 45, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/158-20160310-ORA-01-00-BI.pdf>.

Lo que le llevó a estimar, en la misma línea que los anteriores, que la sentencia no tendría consecuencias prácticas y llevaría a la CIJ a desbordar su papel judicial³⁵.

En todas estas objeciones subyacen dos cuestiones: de un lado, la naturaleza de la obligación de negociar el desarme nuclear y su repercusión sobre el control judicial de su cumplimiento; de otro, el sentido de las sentencias de la CIJ.

Por lo que se refiere a la primera, la especificidad de los tratados de desarme fue tenida en cuenta por la CDI en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados para justificar la regla actualmente contenida en el art. 60.2 c) del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados según la cual una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará a cualquier otra parte para suspender su aplicación con respecto a sí misma si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado³⁶; con posterioridad, la CDI se basó en ese artículo para establecer los distintos tipos de obligaciones consagrados en el art. 42 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, haciéndose eco de la noción de obligación «integral» o «interdependiente»³⁷, volviendo a traer a colación el ejemplo de los tratados de desarme³⁸. En este contexto, L.-A. Sicilianos ha señalado:

«These are obligations, scrupulous performance of which by all States bound by them constitutes a condition sine qua non for the functioning of the system they set up. It is clear, for instance in the context of a disarmament trea-

³⁵ Véanse los apartados 23-24 de la intervención de A. Pellet, *ibid.*, pp. 46-47.

³⁶ Véase Informes de la CDI sobre la labor realizada en la segunda parte de su 17º período de sesiones y en su 18º período de sesiones (Asamblea General, Documentos Oficiales, Suplemento n.º 9, A/6309/Rev. 1, p. 88). En concreto, la CDI aludió al «problema, señalado en las observaciones de los gobiernos, de los tipos especiales de tratado, por ejemplo los tratados de desarme, en los que la violación por alguna de las partes tiende a socavar en su totalidad el régimen del tratado entre todas las partes. En caso de violación grave de un tratado de esa índole, cabe que las normas enunciadas en los apartados a) y b) del párrafo 2 no basten para proteger los intereses de una parte determinada, que no pueda suspender el cumplimiento de las obligaciones que le impone el tratado con respecto al Estado autor de la violación sin violar a su vez sus obligaciones con respecto a las demás partes. Sin embargo, de no hacerlo así, no podría protegerse contra la amenaza que constituye el armamento del Estado culpable.» (*ibid.*).

³⁷ Véase Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones (Asamblea General, Documentos Oficiales, Suplemento n.º 9, A/56/10, p. 322).

³⁸ *Ibid.*, p. 326.

ty, that each state reduces its military power because and to the extent than the other parties do likewise. Non-performance, o material breach, of the treaty by one of its parties would threaten the often fragile military balance brought by the agreement... The same would be true for a denuclearization treaty...»³⁹

Sin embargo, esta interdependencia de los tratados de desarme, que aconseja su consideración en relación con su suspensión y con el concepto de Estado lesionado y la invocación de la responsabilidad, no tiene por qué implicar que no se pueda valorar judicialmente la conducta individual de un Estado que está vinculado por una obligación de negociar consagrada en un tratado multilateral, pues se trata de planos distintos. Por otra parte, aunque la celebración de un tratado multilateral de desarme es una pieza clave para la consecución de ese objetivo, un Estado puede desarrollar individualmente otras actuaciones tendentes a lograrlo. Por ello, tanto en el procedimiento oral como en el escrito, las Islas Marshall se esforzaron por poner de relieve tanto los incumplimientos específicos en que a su juicio vienen incurriendo los Estados demandados⁴⁰ como las diversas conductas y actividades que éstos podrían desarrollar para cumplir con su obligación de negociar de buena fe⁴¹.

Con todo, también hay que reconocer la singularidad de la obligación de negociar el desarme nuclear, que como señaló el juez P. Tomka en sus Opiniones individuales, solo puede ser alcanzado de forma realista mediante el equilibrio de los intereses de seguridad de los Estados implicados, en particular los de los EPAN y otros Estados con capacidades militares significativas; como prueba el hecho de que las Islas Marshall intentaron presentar demandas

³⁹ SICILIANOS, L.-A., «The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility», *EJIL*, vol. 13, 2002, p. 1134.

⁴⁰ En relación con el Reino Unido, véase: *Application Instituting Proceedings against the United Kingdom*, 24 de abril de 2014, apartados 100-113 (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/18296.pdf>); *Memorial of the Marshall Islands*, 16 de marzo de 2015, apartados 207-228 (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/160-20150316-WRI-01-00-EN.pdf>); respecto a India: *Application Instituting Proceedings against the Republic of India*, 24 de abril de 2014, apartados 56-64 (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/18292.pdf>); en cuanto a Pakistán: *Application Instituting Proceedings against Pakistan*, 24 de abril de 2014, apartados 51-59 (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/159/18294.pdf>).

⁴¹ Véase, en particular, las referencias contenidas en las observaciones de las Islas Marshall sobre las excepciones preliminares del Reino Unido (*Statement of Observations of the Marshall Islands Re Preliminary Objections Raised by the United Kingdom*, *op. cit.*, apartados 124-129, pp. 45-48 (y la intervención del consejero N. Grief pormenorizando las actuaciones que se ajustarían a cada una de las conclusiones solicitadas por las Islas Marshall en relación con el Reino Unido (Intervención en la audiencia pública mantenida el 11 de marzo de 2016, CR 2016/5, *op. cit.*, apartados 8-13, pp. 47-48).

contra todos las potencias nucleares⁴². De forma acertada, Tomka enlaza esta dimensión del asunto con las características tradicionales del arreglo judicial, apuntando que «This case illustrates the limits of the Court's function... which is traditionally focused on bilateral disputes»⁴³.

En cuanto a la segunda cuestión, la invocación de la falta de efectos prácticos de la sentencia para incitar a la Corte a rehusar el ejercicio de su competencia nos coloca ante el tema de la finalidad de sus decisiones y, en particular, cuestiona la utilidad del valor declaratorio de las mismas. Así se desprende especialmente de diversas afirmaciones del Reino Unido, como las siguientes:

«c) a declaration to the effect that the United Kingdom is under an obligation to conduct and conclude disarmament negotiations in the future would add nothing to any obligation which is currently imposed by the NPT;

d) a declaration limited to the allegations that the United Kingdom has breached its obligations in the past would not have any «continuing applicability» or «forward reach» and thus, in accordance with the approach of the Court in the Northern Cameroons case, this is not an appropriate case for granting such declaratory relief»⁴⁴.

En sus Observaciones a la excepciones preliminares del Reino Unido, las Islas Marshall apuntaron las diferencias existentes con el invocado asunto del *Camerún Septentrional*, habida cuenta de que el acuerdo sobre el que Camerún basaba su caso ya no estaba en vigor, a diferencia de lo que ocurre con el TNP⁴⁵.

Por otra parte, como ha señalado R. Kolb, «A declaratory judgment can make a partial contribution to resolving the dispute by clarifying relevant legal aspects, while still leaving the parties a considerable freedom of manoeuvre»⁴⁶, lo que resulta particularmente adecuado a un problema como el que nos ocupa,

⁴² Apartados 36-37, de las Opiniones individuales del Juez Tomka (disponibles en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/19206.pdf>; <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/19142.pdf>; <http://www.icj-cij.org/files/case-related/159/19174.pdf>). Esta consideración realista coincide con la apuntada por la CIJ en su Opinión consultiva de 1996 (véase la nota 25).

⁴³ Apartado 40 de las Opiniones individuales del Juez Tomka, *op. cit.*,

⁴⁴ *Preliminary Objections of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *op. cit.*, apartado 111, p. 52.

⁴⁵ *Statement of Observations of the Marshall Islands Re Preliminary Objections Raised by the United Kingdom*, *op. cit.*, apartado 117, pp. 43-44.

⁴⁶ KOLB, R., *The International Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2013, p. 760. Sobre las sentencias declarativas y el efecto de cosa juzgada, puede verse ABALDE CANTERO, O., *Naturaleza jurídica de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 192-194.

cuya singularidad ya ha sido señalada. Además, el papel de una sentencia como medio de satisfacción ya ha sido reconocido por la propia CIJ. Así, en el asunto de la *Aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, afirmó:

«It is however clear that the Applicant is entitled to reparation in the form of satisfaction, and this may take the most appropriate form, as the Applicant itself suggested, of a declaration in the present Judgment that the Respondent has failed to comply with the obligation imposed by the Convention to prevent the crime of genocide. As in the Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) case, the Court considers that a declaration of this kind is ‘in itself appropriate satisfaction’ (Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, pp. 35, 36), and it will, as in that case, include such a declaration in the operative clause of the present Judgment»⁴⁷.

4. UNA VEZ MÁS, *DE MAXIMIS NON CURAT PRAETOR*

En un tema de tanta trascendencia, no podía faltar la invocación de la dimensión política del tema como obstáculo para su solución judicial. Mientras que en sus excepciones preliminares el Reino Unido deslizó el concepto de controversia no justiciable⁴⁸ y en su Contra-Memoria Pakistán afirmó que las controversias relativas a la defensa y a la seguridad nacionales, por su naturaleza, no deberían ser objeto de arreglo judicial⁴⁹, consideraciones similares se apuntaron también en las audiencias orales por parte de los representantes del Reino Unido⁵⁰ y de India, cuyo consejero A. Pellet manifestó:

«il s’agit là d’un problème complexe, éminemment politique, qui suppose que les États concernés, et d’abord l’ensemble des puissances nucléaires, soient prêts, comme l’Inde l’est, à négocier de bonne foi: c’est un problème d’état d’esprit: cela ne se décrète pas et ne se juge pas»⁵¹.

⁴⁷ SCIJ de 26 de febrero de 2007, *CIJ Recueil 2007*, apartado 463, p. 234; véanse también el apartado 465 (*ibid.*, p. 235) y los puntos 5-7 de la parte dispositiva (*ibid.*, p. 238).

⁴⁸ *Preliminary Objections of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *op. cit.*, apartado 26, pp. 12-13.

⁴⁹ *Counter-Memorial of Pakistan (Jurisdiction and Admissibility)*, *op. cit.*, parte 8, cap. 5, secc. 3, apartado 8.114.

⁵⁰ Véase la intervención de D. Bethlehem en la audiencia de 9 de marzo de 2016, CR 2016/3, *op. cit.*, apartado 55, p. 31.

⁵¹ Intervención en la audiencia de 10 de marzo de 2016, CR 2016/3, *op. cit.*, apartado 21, pp. 45-46. A. Pellet señaló también que «les questions en cause sont si délicates, elles touchent de si

Conviene recordar que en su Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 1996, la Corte ya había apuntado:

«Que en esta cuestión haya también aspectos políticos, como, por la naturaleza de las cosas, ocurre con tantas cuestiones que surgen en la vida internacional, no basta para privarla de su carácter de «cuestión jurídica», ni para ‘privar a la Corte de una competencia que le ha sido expresamente conferida por su Estatuto’ (Solicitud de reforma de la decisión nº 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, I.C.J. Reports 1973, pág. 172, párr. 14). Cualesquiera que sean los aspectos políticos de la cuestión, la Corte no puede negarse a admitir el carácter jurídico de una cuestión que le invita a desempeñar una tarea esencialmente judicial, a saber, una evaluación de la legalidad del posible comportamiento de los Estados con respecto a las obligaciones que les impone el derecho internacional...»⁵²

En los asuntos que estamos analizando, el Vicepresidente A.A. Yusuf reaccionó contra el concepto utilizado por el Reino Unido, y en su Opinión disidente lamentó que «The Judgment... is totally silent on the unusual use by the United Kingdom of the old and controversial concept of «justiciable dispute», which had some currency in international law literature in the late nineteenth and early twentieth Century»⁵³, calificándolo de «legal relic»⁵⁴ y lamentando que la Corte perdiera la oportunidad de pronunciarse sobre el uso de este concepto en el siglo XXI⁵⁵.

A su vez, las Islas Marshall alertaron sobre el intento de hurtar de la competencia de la CIJ un tema de tanta trascendencia precisamente por el hecho de tenerla:

«some time ago, in law school, I was taught that *de minimis non curat praetor*. The United Kingdom, here tries to introduce an opposite concept, *de maximis non curat praetor*. Obviously, such concept does not exist and would

près à la souveraineté de l'Etat et à sa sécurité qu'il paraît assez vain d'espérer qu'un arrêt rendu dans ce domaine puisse avoir une influence décisive sur la politique du ou des Etats concernés» (*ibid.*, apartado 23, p. 46).

⁵² Apartado 13 de la Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares.

⁵³ Apartado 10, p. 2, de la Opinión disidente en el asunto de las obligaciones relativas a las negociaciones sobre el cese de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido), disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/19202.pdf>.

⁵⁴ *Ibid.*, apartado 11, p. 3.

⁵⁵ *Ibid.*, apartado 13, p. 3.

be entirely incompatible with a world society that is based on the rule of law. Besides all that, the Marshall Islands has no reason to believe that this Court would not be capable of adjudging cases that fall in the category ‘*maximis*’»⁵⁶.

Algunos jueces manifestaron su disgusto porque a su juicio la decisión de la Corte le ha impedido cumplir su función en relación con el mantenimiento de la paz⁵⁷ En este contexto, el Juez A. Cançado Trindade aprovechó para criticar la política de disuasión⁵⁸, la cual ya había aflorado en la Opinión consultiva de 1996 y respecto de la que –de forma ambigua– la Corte dijo que no se pronunciaba⁵⁹ pero al mismo tiempo señaló que no se podía hacer caso omiso de la misma a los fines de valorar la existencia de la *opinio iuris*⁶⁰. Ya entonces, el Juez L. Ferrari Bravo advirtió de que «el concepto de disuasión nuclear no tiene valor jurídico alguno»⁶¹ y el Juez Xi Jiuyong afirmó que:

«la ‘disuasión nuclear’ es un instrumento de política que ciertos Estados poseedores de armas nucleares emplean en sus relaciones con otros Estados y que, según se dice, previene el estallido de un conflicto armado masivo o una guerra masiva y mantiene la paz y la seguridad entre las naciones. Indudablemente, esta práctica de ciertos Estados poseedores de armas nucleares pertenece a la esfera de la política internacional y no a la del derecho. Carece de significación jurídica... En cambio, la política de disuasión nuclear debiera ser objeto de regulación por el derecho y no viceversa»⁶².

Siendo todo lo anterior irreprochable desde el punto de vista estrictamente jurídico, hay que reconocer que la enorme carga política que tiene la cuestión de las armas nucleares pesa demasiado sobre la CIJ, hasta el punto de que hasta

⁵⁶ Intervención del co-agente P. van den Biesen en la audiencia oral del 11 de marzo de 2016 (CR 2016/5, *op. cit.*, apartado 14, p. 19).

⁵⁷ Véase la Opinión disidente del Juez P. Robinson, apartado 69, p. 20, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/19222.pdf> (en el mismo sentido se expresa en sus opiniones disidentes en los casos c. India y Pakistán (apartado 62, p. 17 de ambas, disponibles en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/19158.pdf> y <http://www.icj-cij.org/files/case-related/159/19190.pdf>). También, la Opinión disidente de M. Bennouna en los tres asuntos (p. 6, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/160/19209.pdf>, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/158/19144.pdf> y <http://www.icj-cij.org/files/case-related/159/19176.pdf>).

⁵⁸ Véanse los apartados 136-146, pp. 40-42 (asunto c. Reino Unido); 140-150, pp. 41-43 (asunto c. India); 130-140, pp. 38-40 (asunto c. Pakistán) de su Opinión disidente, *cit.*

⁵⁹ Véase el apartado 67 de la Opinión consultiva, *cit.*

⁶⁰ Véase el apartado 96 de la Opinión consultiva, *cit.*

⁶¹ Declaración del Juez L. Ferrari Bravo, A/51/218, *cit.*, p. 60.

⁶² Declaración del Juez Shi Jiuyong, A/51/218, p. 53.

el presente la ha forzado a un continuo ejercicio de escapismo en el que se ha parapetado tras argumentos formales. Así ha sucedido tanto en los asuntos de los *Ensayos nucleares* como en el de la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* y en los planteados por las Islas Marshall, en los que la confianza de este pequeño Estado en el imperio de la ley se ha visto defraudada⁶³. Sectores doctrinales del máximo prestigio han asumido esta realidad; así, refiriéndose a la Opinión consultiva de 1996, J.A. Carrillo Salcedo apuntó que «Existen preguntas que sería mejor no plantear»⁶⁴ y A. Rodríguez Carrión dijo que «Hay preguntas que, por impertinentes, no pueden formularse; y, si se formulan, se está tentado a no contestar»⁶⁵. Pero si estas reflexiones podían ser comprensibles en aquel caso, en los de las Islas Marshall pierden su sentido, puesto que fue la propia CIJ la que proclamó la obligación de resultado de negociar de buena fe el desarme nuclear. Por eso, el Juez M. Bennouna advirtió con razón:

«Le juge international se devait d'être encore plus vigilant dans la présente affaire qui concerne une question d'une importance cruciale pour la sécurité dans le monde. C'est une raison de plus pour que l'organe judiciaire

⁶³ En varias ocasiones a lo largo de las audiencias orales, las Islas Marshall invocaron el imperio de la ley frente a las consideraciones políticas. Así, el co-agente T. de Brum apuntó: «To a very small country, the rule of international law, and the equality of all States under such law, cannot be overstated and is acutely significant. The Marshall Islands rely on that rule of law before this Court.» (CR 2016/1, *cit.*, p. 15, apartado 3); por su parte, el co-agente P. van den Biesen señaló: «Major powers like the United Kingdom, as well as small States like the Marshall Islands, all have an investment in the rule of law and the possibility that the law can be applied even in the most politically fraught situations. As the principal judicial organ of the United Nations, the Court has its own opportunity to contribute to the lofty purposes of the Charter, including the peaceful settlement of disputes and the maintenance of international peace and security» (CR 2016/9, *cit.*, p. 15, apartado 14).

⁶⁴ «Conclusiones generales», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados, IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Huelva, Universidad de Sevilla, Cruz Roja Española, Ministerio de Defensa, Sevilla, 1997, p. 309.

⁶⁵ Prólogo a la monografía de E. del M. García Rico, *El uso de las armas nucleares y el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 11. En cambio, otros autores consideraron que la Corte había sido sensible a la dimensión política del asunto; así, L. Condorelli señaló «las dificultades con las que tropezó la Corte al enfrentarse a un problema (innegablemente jurídico, pero sobre todo político) que, sin lugar a dudas, es el más difícil de nuestra época. Frente a posturas tan irreconciliables apoyadas por segmentos tan importantes de la comunidad internacional, la Corte tuvo ciertamente que darse cuenta del precio que habría tenido que pagar si hubiese avalado una u otra posición. Por eso prefirió buscar un compromiso que le permite salir del paso sin «jugársela» demasiado.» (CONDORELLI, L., «La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 22, [1997], disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlbf.htm>).

principal des Nations Unies assume pleinement la fonction qui est la sienne. En effet, comment peut-il s'abriter derrière des considérations de pure forme, que les professionnels du droit et les simples citoyens auraient du mal à comprendre, et ne pas contribuer, comme il le doit, à la paix par le droit international, ce qui est la raison d'être de la Cour»⁶⁶.

5. EPÍLOGO: EL TRATADO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES Y LAS AUSENCIAS SIGNIFICATIVAS

En paralelo a los asuntos de las Islas Marshall, se desarrolló el proceso que ha concluido con la adopción del Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares, de 2017. Las Conferencias sobre el impacto humanitario de las armas nucleares iniciadas en 2013⁶⁷ y el fracaso de la Conferencia de Revisión del TNP celebrada en 2015 renovaron los impulsos hacia un tratado de prohibición total de este tipo de armas. De nuevo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha jugado un papel decisivo en la iniciativa, pero de nuevo también la dimensión política ha condicionado los resultados.

En efecto, en diciembre de 2015 encargó a un Grupo de Trabajo de composición abierta abordar de manera sustantiva la cuestión de las recomendaciones sobre medidas que pudieran contribuir al avance de las negociaciones multilaterales de desarme nuclear, incluyendo tanto medidas de transparencia relacionadas con los riesgos derivados de las armas nucleares existentes como medidas para reducir y eliminar el riesgo de que se produzcan detonaciones accidentales, por error, no autorizadas o intencionales de armas nucleares y medidas adicionales para aumentar la sensibilización acerca de las consecuencias humanitarias que pueden derivarse de cualquier detonación nuclear⁶⁸. En su Informe⁶⁹, el Grupo de Trabajo –en el que no participaron ninguno de los Estados poseedores de armas nucleares– recomendó que la Asamblea General convocara una conferencia en 2017, abierta a todos los Estados y con participación de las organizaciones internacionales y la sociedad civil para negociar un instrumento jurídicamente vinculante que prohibiera las armas nucleares y condujera a su total eliminación; el Grupo advertía que la recomendación se

⁶⁶ Opinión disidente, *cit.*, p. 2.

⁶⁷ Celebradas en Oslo (marzo de 2013), Nayarit (febrero de 2014) y Viena (diciembre de 2014).

⁶⁸ A/RES/70/33.

⁶⁹ Su texto se encuentra en A/71/371.

hacia con un gran apoyo pero que otros Estados no estaban de acuerdo a este respecto⁷⁰. Con posterioridad, la Asamblea General decidió celebrar en 2017 una Conferencia de las Naciones Unidas para negociar el mencionado instrumento⁷¹. Tras desarrollar tres períodos de sesiones, la Conferencia adoptó el Tratado el 7 de julio de 2017⁷² y la Asamblea General lo acogió con beneplácito, calificándolo como una contribución esencial en pro del desarme nuclear⁷³.

Desde la óptica de este trabajo, es relevante señalar que en el seno del Grupo de Trabajo afloró el debate en relación con lo que se viene denominando el «vacío jurídico», que gira en torno a que mientras que unos defienden que el art. VI del TNP no especifica qué medidas efectivas se necesitan para alcanzar el desarme, por lo que el vacío debe ser cubierto a través de medidas efectivas, otros entienden que esas precisiones no son necesarias pues la implementación de esa disposición requiere diversas fases y corresponde a los Estados actuar conforme a las circunstancias⁷⁴. En realidad, tras esta discusión están las distintas posiciones sobre el desarme nuclear. Como señaló Austria entonces:

«The divergences of views that continue to persist may therefore relate less to the different legal approaches to nuclear disarmament and more to the underlying motivation and the sense of urgency with which nuclear disarmament is pursued and, following from this, what priority should be given to which effective legal and non-legal measures. When States with nuclear weapons and States in nuclear alliances argue in favour of a «step-bystep» approach, they tended to refer to an approach they see as compatible with maintaining nuclear weapons based security system, for as long as this is deemed necessary. In practice, this has meant support only for gradual

⁷⁰ Apartado 67 del Informe. Básicamente, las posiciones se dividieron entre los partidarios de celebrar un instrumento jurídicamente vinculante que prohibiera las armas nucleares y condujera a su total eliminación y los que preferían un enfoque progresivo; para más detalle, véanse los apartados 33-46 del Informe. Sobre el tema, DUNWORTH, T., «Pursuing ‘effective measures’ relating to nuclear disarmament: Ways of making a legal obligation a reality», *International Review of the Red Cross*, vol. 97, n.º 899, 2016, pp. 601-619.

⁷¹ A/RES/71/258.

⁷² El Informe de la conferencia se encuentra en A/72/206.

⁷³ A/RES/72/206. Sobre las tareas del Grupo de Trabajo y las negociaciones en el seno de la Conferencia, puede verse MILLS, C., CULPIN, L., *A Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, House of Commons, Briefing Paper n.º 7986, 10 de octubre de 2017, pp. 1-5, disponible en <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7986>.

⁷⁴ Véanse los apartados 25 y 26 del Informe del Grupo de Trabajo, ya citado. La A/RES/70/48 reconoce la existencia del vacío jurídico en su apartado 3.

steps, both legal and non-legal, where nuclear deterrence doctrines can be maintained essentially unchanged until a –as yet unspecified– «final stage» when nuclear disarmament is achieved. It thus appears that the identification and pursuing of «effective legal measures for the prohibition and elimination of nuclear weapons» is not a priority issue and supported by those States precisely because it is considered incompatible with the –perceived– need of maintaining a nuclear weapons based security system, at least for the time being»⁷⁵.

Con posterioridad, la oposición a la adopción de un nuevo tratado se plasmó en la significativa ausencia de la conferencia de las potencias nucleares, más todos los miembros de la OTAN –salvo los Países Bajos– y otros Estados aliados militares de los anteriores⁷⁶. El Tratado nace así con ese lastre, que se quiso profundizar mediante una Declaración hecha pública el mismo día de su adopción por los representantes permanentes en las Naciones Unidas de los Estados Unidos, Reino Unido y Francia; en ella, advierten de que:

«France, the United Kingdom and the United States have not taken part in the negotiation of the treaty on the prohibition of nuclear weapons. We do not intend to sign, ratify or ever become party to it. Therefore, there will be no change in the legal obligations on our countries with respect to nuclear weapons. For example, we would not accept any claim that this treaty reflects or in any way contributes to the development of customary international law. Importantly, other states possessing nuclear weapons and almost all other states relying on nuclear deterrence have also not taken part in the negotiations.

This initiative clearly disregards the realities of the international security environment. Accession to the ban treaty is incompatible with the policy of nuclear deterrence, which has been essential to keeping the peace in Euro-

⁷⁵ *The «legal gap», the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons and different approaches on taking forward nuclear disarmament negotiations*, A/AC.286/WP.5, de 22 de febrero de 2016, apartado 11. Se habla asimismo de un segundo vacío jurídico, relacionado con la necesidad de un tratado de prohibición de armas nucleares (véase el documento presentado por Canadá en el Grupo de Trabajo, *Reflections on the «Legal Gap for the elimination and prohibition of nuclear weapons*, A/AC.286/WP.20, de 12 de abril de 2016).

⁷⁶ Australia, Corea del Sur y Japón. Los Estados Unidos se dirigieron a los demás miembros de la OTAN, señalándoles el riesgo que el Tratado supondría para su política de disuasión (MARTÍN CORRALES, C., *Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares*, IEEE, Documento Opinión 97/2017, 22 de septiembre de 2017, p. 15; disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEEO97-2017_Prohibicion_Armas_Nucleares_CristianMartin.pdf).

pe and North Asia for over 70 years. A purported ban on nuclear weapons that does not address the security concerns that continue to make nuclear deterrence necessary cannot result in the elimination of a single nuclear weapon and will not enhance any country's security, nor international peace and security»⁷⁷.

A cambio, las ausencias facilitaron la adopción del texto por una abrumadora mayoría de 122 votos, 1 abstención (Singapur) y 1 voto en contra, los Países Bajos⁷⁸. En esta tesitura, la cuestión que permanece abierta es qué perspectivas de éxito le esperan a este Tratado, que hasta el presente ha sido firmado por 56 Estados y ratificado por 4⁷⁹. Al respecto, ya se han expresado opiniones tanto en sentido negativo como positivo. Mientras que se ha estimado que el Tratado «no es más que una apuesta de alto riesgo que pone en jaque el delicado equilibrio de la no proliferación»⁸⁰, por el contrario, a la luz de las experiencias de otros tratados de prohibición de armas de destrucción masiva, se ha dicho que «the evidence does suggest that, even in the absence of engagement by the most powerful states at the outset, such agreements can have a very significant impact over time on the evolution of international norms against weapons and lead progressively to their eventual elimination. The same may well hold true for nuclear weapons»⁸¹; también se ha comentado que «La aplicación universal del TPNAN no parece posible ni realista al implicar riesgos estratégicos no asumibles por las potencias nucleares, pero lo cierto es que la

⁷⁷ Disponible en <https://usun.state.gov/remarks/7892>. Sobre la posición del gobierno británico, véase MILLS, C. y CULPIN, L., *A Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁷⁸ En su explicación de voto, este Estado señaló: «we would be unable to sign up to any instrument that is incompatible with our NATO obligations, that contains inadequate verification provisions or that undermines the Non-Proliferation Treaty» (el texto completo está disponible en <https://www.permanentrepresentations.nl/latest/news/2017/07/07/explanation-of-vote-of-ambassador-lise-gregoire-on-the-draft-text-of-the-nuclear-ban-treaty>).

⁷⁹ Guyana, Santa Sede, México y Tailandia.

⁸⁰ CARTAGENA NÚÑEZ, I., *El valor de un título: el Tratado de Prohibición del Arma Nuclear y su impacto en el régimen de no proliferación*, IEEE, Documento Opinión 99bis/2017, de 30 de septiembre de 2017, p. 12 (disponible en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEE0-99bis-2017_Tratado_Prohibicion_ArmaNuclear_IgnacioCartagena.pdf). El autor de este documento afirma que no percibe en la sociedad civil el mismo grado de oposición a las armas nucleares que el mostrado en el caso de las minas antipersona, en el que una de las impulsoras del movimiento fue galardonada con el Premio Nobel de la Paz en 1997 (*op. cit.*, p. 11); sin embargo, se da la circunstancia de que la Campaña Internacional para la Abolición de las Armas Nucleares (ICAN), obtuvo también el Premio Nobel de la Paz en 2017.

⁸¹ DUNWORTH, T., «The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons», *ASIL Insights*, issue 12, vol. 21, de 31 de octubre de 2017, disponible en <https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/12/treaty-prohibition-nuclear-weapons>.

aprobación del Tratado aumenta la presión internacional sobre estas potencias para avanzar hacia el cumplimiento del art. VI del TNP»⁸².

El Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares reafirma en su preámbulo que existe la obligación de celebrar de buena fe y llevar a su conclusión negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y eficaz. Se trata de una obligación jurídica y de un imperativo ético, tal como recuerda periódicamente la Asamblea General⁸³. No obstante, la actitud de los Estados poseedores de armas nucleares oponiéndose a las iniciativas multilaterales sobre el desarme e impugnando al mismo tiempo cualquier resultado alcanzado invocando su condición de indispensables para asegurar la eficacia del mismo configura un círculo vicioso que la CIJ no se ha atrevido a romper.

Ante este estado de cosas, frente a la opción de caer en la melancolía, el ejemplo de un pequeño Estado como las Islas Marshall y la firme posición de la Asamblea General de las Naciones Unidas en contra de las armas nucleares, reconfortan y animan a seguir confiando en alcanzar un mundo más seguro. Estoy segura de que los profesores a los que rendimos homenaje en esta obra comparten esta esperanza porque a nutrir la han dedicado buena parte de su vida académica.

⁸² *Ibid.*, p. 19.

⁸³ En el actual período de sesiones lo ha hecho mediante la A/RES/72/37.