

# LA LEGALIDAD DE LAS ARMAS NUCLEARES

## INTRODUCCIÓN

No es necesario insistir mucho sobre el carácter de problema jurídico actual que reviste la cuestión de la legalidad de las armas nucleares. En tanto que la doctrina se halla profundamente dividida (1), en las *Instrucciones Navales de los EE. UU.* de 1955 (2) e.

---

(1) Para calificadas afirmaciones de la legalidad de las armas nucleares, vid., por ej., C. FENWICK: *International Law*, pág. 559; OPPENHEIM: *International Law*, vol. 2. (ed. H. Lauterpacht, 1952), pág. 351; H. Lauterpacht, 29, B. Y. I. L. (1952), pág. 370; J. STONE: *Legal Controls of International Conflict* (1954), pág. 343-4; P. GUGGENHEIM: 2 *Traité de droit international public* (1954), págs. 390-1; R. PAL: *Crimes in International Relations* (1955), pág. 393; A. VERDROSS: *Völkerecht* (1955), pág. 378. y R. W. TUCKER: *The Law of War and Neutrality at Sea* (1954), págs. 54-5, y pronunciándose por la ilegalidad de estas armas: J. M. SPAIGHT: *Air Power and War Rights* (1947), pág. 276; E. CASTRÉN: *The Present Law of War and Neutrality* (1954), pág. 206; W. HARREY MOORE, in *International Law Association: Report on Edinburgh Conference* (1954), pág. 21; E. SPETALER: *Luftkrieg und Menschlichkeit* (1956), pág. 108 y ss. (con reservas); I. VON FIERKE: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (18-V-1957) y M. RADOJKOVIE: 8 *Review of International Affairs* (I y 16-VII-1957). En un artículo frecuentemente citado de I. L. KUNZ: *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1950), el conocido autor no parece permitirse ninguna opinión propia sobre el asunto (cf. págs. 421-22).

Para un examen del problema desde una perspectiva más amplia, vid. H. A. SMITH: 9 *Year Book of World Affairs* (1955), pág. 222 y ss., M. FRAGA IRIBARNE: 92 *Revista de Estudios Políticos* (1957), pág. 51 y ss., y para más bibliografía significa cf. la selección del Comité Internacional de la Cruz Roja, en *Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War* (1956), pág. 164 y ss.

(2) Art. 613: «No hay en la actualidad ninguna regla de Derecho Internacional que prohíba expresamente a los Estados el uso de armas nu-

incluso más confiadamente, en el *Manual de Campaña del Ejército de los EE. UU.*, de 1956, sobre *El Derecho de guerra terrestre*, se afirma rotundamente (3) la legalidad del empleo de armas nucleares «como tales» y «en ausencia de una regla consuetudinaria o convencional de Derecho Internacional que restrinja su uso». En contraste, la tercera edición del *Manual de Derecho de Guerra* británico, tanto tiempo esperada, se encuentra aún en un estado de gestación anormalmente prolongado.

Nuestro problema lo constituye aquello que se considera resuelto en los dos Manuales estadounidenses. ¿Existen reglas de Derecho Internacional que limiten o excluyan el empleo de todas o algunas armas nucleares, en todas o determinadas circunstancias? En pro y en contra se han propugnado serios argumentos en tres diferentes niveles. Unos se centran en torno a los procesos productores de Derecho Internacional. Otros son deducciones, quizá no del todo evidentes, de las reglas del Derecho de Guerra. En último término se invocan una serie de normas, consuetudinarias o convencionales, de Derecho Internacional. Cada una de estas clases de encontrados argumentos reclaman un examen adecuado.

#### 1. PROCESOS CREADORES DE DERECHO

Las fuentes o procesos creadores (4) del Derecho de Guerra se consideran, a veces, diferentes de aquellos que producen las restantes normas de Derecho Internacional, es decir, tratados, reglas de Derecho Internacional consuetudinario y principios de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Ciertas normas del Derecho de Guerra, al menos, se suponen basadas en un cuarto proceso creador: los dictados humanitarios elementales. Si esta «fuente» no se entiende enteramente limitada al Derecho de Guerra, al menos se

---

cleares en la guerra. A falta de prohibición expresa, está permitido el uso de tales armas contra los combatientes enemigos y otros objetivos militares». Estas instrucciones están convenientemente reproducidas en un Apéndice a Tucker, I, *supra* en nota I, pág. 357 y ss. Cf. también la nota 9.<sup>a</sup> de estas instrucciones referente al art. 613, *ibid.*, pág. 416.

(3) Vid. 35, pág. 18.

(4) Sobre las razones por las que se prefiere esta última expresión, cf. la obra del autor *International Law*, vol. I (1957), pág. 26.

la estima más relevante en este campo que en los demás. En apoyo de esta tesis se invocan sentencias internacionales, preámbulos de tratados e incluso algunas de sus cláusulas. Esta proposición, sin embargo, choca tan abiertamente con la doctrina preponderante sobre los procesos creadores de Derecho Internacional, que se hace necesario considerarla más detenidamente.

En la Sentencia de los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg (1946), se declaraba que, al asesinar, torturar y maltratar a los prisioneros de guerra, los responsables de estos atropellos habían actuado «con completo olvido de los dictados humanitarios elementales» (5). En realidad los hechos de esta clase están prohibidos por bien establecidas normas de Derecho Internacional convencional y consuetudinario. El pasaje citado, aunque comprensible como expresión de un profundo horror, es, por lo tanto, un claro *obiter dictum*.

En la sentencia sobre el caso Canal de Corfú (Merits) (1949), el Tribunal Mundial utilizó un lenguaje similar, y habló de «elementales consideraciones de humanidad, más exigentes, incluso, en paz que en guerra» (6). El Tribunal, sin embargo, encontró prudente reforzar su exposición del Derecho apoyando la misma sentencia en dos reglas incontrovertidas de Derecho Internacional consuetudinario, que soportan, holgadamente, la decisión (7). Además, aunque por la época del incidente la situación entre Albania y Grecia no era de guerra, el Tribunal explicaba cortésmente las exigencias que, en tiempos de guerra, imponían para circunstancias semejantes las consideraciones de humanidad. Escogía, como ejemplo, la VIII Convención de La Haya, de 1907, sobre Colocación de Minas Submarinas Automáticas de Contacto (8). No obstante, apoyándose en la cláusula «tan pronto como fuera posible», contenida en el artículo 6.º, las obligaciones dimanantes de esta Convención habían sido consideradas puramente discrecionales en una bien fundamentada Decisión del período entre las dos guerras (9). En estas cir-

(5) Cmd. 6.964 (1946), pág. 45.

(6) I. C. J. REPORTS, (1949), pág. 22.

(7) Vid. Además *loc. cit.*, en nota 4, *supra*, págs. 196-7, 340-1 y 632-4.

(8) J. B. SCOTT: *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (1915), pág. 151 y ss.

(9) Laudo sobre la reclamación *Douro*, en el arbitraje germano-portugués (1930), 2 R: I. A. A., págs. 1035 a 1064.

cunstances sería algo artificioso argüir que la Convención era meramente declaratoria de las reglas correspondientes de Derecho Internacional consuetudinario o de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Como una prueba más, en apoyo del carácter de proceso creador de Derecho, independiente, que cabe atribuir a las «leyes de humanidad» y las «exigencias de la civilización», se han señalado algunos preámbulos de Convenciones relativas al Derecho de Guerra. Está fuera de discusión que tales preámbulos, por limitado que sea el contenido sustancial de algunas Convenciones—desde la Declaración de S. Petersburgo, de 1868 en adelante—, están repletos de los más elevados sentimientos morales y humanitarios.

De acuerdo con las técnicas de interpretación de Tratados generalmente aceptadas, es totalmente legítimo utilizar estos preámbulos para dar el más extensivo y liberal sentido a los artículos operativos de estas Convenciones (10). Parece, sin embargo, impropio, por ser contrario a la intención de las partes, emplear estos preámbulos para un propósito enteramente diferente, es decir, utilizarlos como si las partes hubieran tenido intención de codificar en ellos los procesos creadores del Derecho de Guerra. Pero, incluso si su intención hubiera sido ésta, en la medida en que se incluyen en estos preámbulos referencias a algo distinto de los tres procesos creadores de Derecho generalmente reconocidos, tales preámbulos no serían declaratorios del Derecho Internacional consuetudinario. Representarían tratados creadores de normas (*law making*) y, como tales, no serían aplicables sino *inter partes*, y exclusivamente para el propósito para el que se concluyeron. Dentro de estos límites, estos preámbulos servirían de ejemplo de cómo consideraciones extra-jurídicas y modelos (*standards*) de conducta de un alto poder formativo, tales como los postulados de moralidad individual e internacional, o los modelos (*standards*) de civilización, pueden ser recibidos legítimamente y con todos los honores en el Derecho Internacional.

La llamada Cláusula de Martens, en el Preámbulo a las Convenciones de La Haya sobre guerra terrestre de 1899 y 1907, es un ejemplo típico de los usos y abusos a que pueden someterse tales cláusulas. Por sugestión de Martens, uno de los delegados rusos a

---

(10) Vid. además *loc. cit.* en nota 4. *supra*, pág. 526 y ss.

ambas Conferencias de paz, las partes llamaron la atención, en las mismas Convenciones, sobre los peligros dimanantes de interpretar equivocadamente estos Tratados como si fuesen codificaciones completas de Derecho de Guerra. Declaraban, por tanto, expresamente, que, hasta que una tal codificación entrase en vigor, en todos los casos no previstos por las Regulaciones sobre guerra terrestre los habitantes y los beligerantes quedarían bajo la protección de los «principios del Derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública» (11).

Como resulta evidente de la historia de esta cláusula, su propósito era el de prevenir un inoportuno y cínico argumento *a contrario*. Al no ser exhaustivas las Regulaciones sobre guerra terrestre, las partes deseaban evitar la interpretación de que estaba permitido lo que no estuviera expresamente prohibido. Si las leyes de humanidad o los dictados de la conciencia pública hubiesen conducido a la creación de reglas jurídicas sobre la guerra en la forma, por ejemplo, de principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, tales reglas no resultarían afectadas por la aceptación de las Regulaciones de La Haya sobre Guerra Terrestre. Lo que no pretendía esta cláusula, sin embargo, era determinar, con fuerza obligatoria para las partes, cómo nacen las reglas del Derecho de Guerra. Su única función era la de preservar intactas cualquier clase de normas preexistentes sobre la guerra, fuese cual fuese el proceso creador del que dependieran.

Con un propósito similar, se insertó en las Regulaciones de La Haya de 1899 y 1907 el artículo 22. Este artículo estipulaba que «el derecho de los beligerantes para adoptar medios de perjudicar al enemigo no es ilimitado» (12). También él estaba destinado a servir de advertencia de que los artículos de las Regulaciones que seguían a continuación eran incompletas, y que permanecían intactas cualesquiera otras restricciones establecidas por otras reglas de guerra. Era un medio de recordar las limitaciones ya existentes a los poderes discretivos de los Estados beligerantes, y no se pensaba que añadiese a estas restricciones otras limitaciones inespecíficas de carácter sustantivo.

(11) *Loc. cit.* en nota 8, *supra*, págs. 102-3.

(12) *Ibid.*, pág. 116.

Resulta así que, en el plano de los procesos creadores del Derecho de Guerra, parece imposible descubrir alguna especie de limitación automática a la libertad de los sujetos del Derecho Internacional para poseer, probar o usar armas nucleares.

## 2. PRINCIPIOS DE DERECHO DIMANANTES DEL DERECHO DE GUERRA

Frecuentemente se piensa que el uso de armas nucleares, de un calibre tal o en circunstancias tales que excluyan la distinción entre enemigos combatientes (o, al menos, objetivos militares enemigos) (13) y población civil es necesariamente ilegal. El argumento está basado en una deducción a partir de un cierto número de relevantes reglas de Derecho de Guerra. El principio legal o racional de las reglas de guerra que se invoca al efecto es el de que la población civil como tal (sea cual fuere la constitución de este evasivo grupo) no puede ser nunca objeto de la guerra.

Además de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y las de la Cruz Roja, de Ginebra (1929 y 1949), se ha invocado como directa evidencia de este principio el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868.

Entre las consideraciones que, según la Declaración de San Petersburgo, habían inducido a las partes a renunciar al uso de proyectiles explosivos o cargados con materias detonantes o inflamables de peso inferior a 400 gramos, se mencionaba la de que «el único

---

(13) En el artículo 2 de la IX Convención de la Haya, de 1907, sobre Bombardeo por las Fuerzas Navales en Epoca de Guerra, éstos estaban todavía estrechamente limitados a obras militares, establecimientos militares o navales, depósitos de armas o *material* bélico, talleres o plantas que puedan ser utilizadas para las necesidades del Ejército o de la Armada enemiga, y buques de guerra surtos en el puerto.

(SCOTT, *loc. cit.* en nota 8, *supra*, págs. 157-8.)

En el artículo 24, las proyectadas reglas de Guerra Aérea de 1923 (Cmd., 1201-1924, pág. 27), la expresión *objetivo militar* se utiliza y define como un «objeto cuya destrucción o daño constituiría una neta ventaja militar para los beligerantes». Comparadas, sin embargo, con la lista del artículo 2 de la IX Convención, de 1907, las categorías de objetivos militares que se enumeran específicamente han sido considerablemente ampliadas.

fin legítimo que los Estados pueden perseguir durante la guerra es el de debilitar las fuerzas militares del enemigo». Por tanto, los proyectiles tan pequeños que *no* «inutilizasen al mayor número posible de hombres» se consideraban desproporcionadamente crueles. Con posterioridad, esta humanitaria idea no ha impedido que los Estados beligerantes consideren enteramente legal el uso de las granadas de mano, por no ser proyectiles, y de proyectiles que, sin duda, caen dentro de esta categoría, pero son utilizados en la guerra aérea (14). Tal cláusula de un Preámbulo, cuyas potencialidades para conseguir la máxima liberalidad en la interpretación de la Convención misma han sido apenas agotadas, es un testimonio algo dudoso para construir una generalización total (15).

En el intento de probar la existencia del principio de protección a la población civil como tal, se advierte también una tendencia a simplificar con exceso algunas de las reglas utilizadas como demostración. Dos especies de normas que sirven a muy diferentes propósitos han de ser tenidas en cuenta. En tanto que una distingue entre miembros de las fuerzas armadas y paisanos, la otra establece una distinción entre combatientes y no combatientes. Una hace posible diferenciar el tratamiento de tres clases, *después* de haber caído bajo el control enemigo: prisioneros de guerra privilegiados, prisioneros de guerra no privilegiados y población civil de los territorios ocupados. La otra proporciona la distinción entre combatientes y no combatientes, *antes* de caer bajo el efectivo control del enemigo, es decir, en las zonas de lucha.

La primera especie de reglas de clasificación y discriminación no encuentra, necesariamente, su razón de ser en la protección de la población civil o de los combatientes en cuanto tales. Desde luego estas reglas excluyen o limitan en diferente grado la aplicación de la fuerza o la coacción en contra de la mayor parte de las fuerzas armadas enemigas o de la población civil que han caído bajo el control enemigo. Pero, al mismo tiempo, esta división tripartita obra en interés de la potencia ocupante, delimitando una tercera especie de individuos, entre los que se incluyen espías, criminales de guerra

---

(14) Vid. además SPAIGHT, *loc. cit.* en nota 1, *supra*, pág. 197 y ss., y STONE, *loc. cit.* en nota 1, *supra*, págs. 501-2, 608 y 615. Cf. también el art. 18 del Proyecto de Reglas sobre la fuerza aérea, de 1923, *loc. cit.* en nota 13, *supra*, pág. 24.

(15) Vid. *supra*, pág. 4.

y francotiradores, a los que, de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario, se le deniegan la mayor parte de los privilegios concedidos a las otras dos categorías.

Desde el punto de vista del Estado beligerante que controla a estos individuos, estas divisiones sirven, en primer lugar, a las conveniencias de su propia seguridad. Resultan especialmente adecuadas para separar los corderos de los cabritos. Para este propósito es esencial aislar del resto a la clase más peligrosa, es decir, a la de prisioneros de guerra no privilegiados, y permitir a la potencia interesada, sujeta a menores limitaciones, tratarlos de la forma que juzgue más adecuada. La función de las normas de Derecho Internacional consuetudinario que protegen incluso a los prisioneros de guerra no privilegiados es asegurar, al menos, que una persona que se supone cae dentro de esta categoría pertenece realmente a ella. Con todo, incluso los prisioneros de guerra privilegiados han de ser tenidos en circunstancias tales que eviten el que puedan estorbar el esfuerzo bélico de la potencia apresora en la retaguardia, o reunirse con sus propias fuerzas. Finalmente, la relativa ausencia de restricciones a la población civil de los territorios ocupados se da tanto en favor de la potencia ocupante como de la propia población civil. Nada gravaría más los recursos de un Estado beligerante que el verse obligado a internar la totalidad o una parte sustancial de esta población y hacerse, así, responsable de su mantenimiento. Por mucho que tales ciudadanos puedan beneficiarse del permiso para continuar con sus actividades de la época de paz, no puede despreciarse el inevitable beneficio que ello proporciona a la potencia ocupante. Parece, por lo tanto, altamente dudoso que este tipo de reglas tenga su única justificación racional en la protección de los no combatientes o de la población civil.

El otro tipo de reglas que distinguen entre combatientes y no combatientes, está basado en dos supuestos que encuentran hoy mucha menos aplicación que en el momento en que estas reglas nacieron. Uno es el de que la permanente finalidad de la guerra, es decir, la imposición de la voluntad del vencedor al enemigo vencido, puede lograrse con la derrota o la rendición de las fuerzas armadas enemigas. El otro es que los elementos civiles en las zonas de lucha sólo eventualmente son objetivos de guerra. Pueden, por tanto, ser ignorados como *quantité négligeable*, o pueden, incluso, ser tratados así para evitar de su parte el pánico y los consiguientes



riesgos para las operaciones militares en curso. Así, es posible sostener que la exclusión de los elementos civiles del campo de los objetivos intencionales de la guerra, se ha debido al mutuo interés de los Estados beligerantes en que sus fuerzas armadas no sean perturbadas en su tarea de aniquilarse recíprocamente, o en la irrelevancia *sub specie belli* de esta parte de la población civil, en la misma medida, por lo menos, que en consideraciones humanitarias.

Además de esto, existe un número creciente de pruebas que tienden a hacer cada vez más difícil el mantener aún que la totalidad de la población civil está a salvo de ataques intencionados. Desde que la artillería de largo alcance y la aviación—por no hablar de los cohetes intercontinentales e intermedios—han hecho accesible como objeto de ataque el *hinterland* enemigo, el concepto de no combatientes ha sido sometido a un notable proceso de reducción. Paralelamente, la noción de objetivo militar ha sido de tal manera ampliada, y la definición de estos objetivos se ha hecho tan comprensiva, que puede pensarse en la conveniencia de dar una definición de objetivos no-militares y considerar todo lo demás como objetivos militares legítimos. La práctica de los Estados beligerantes en la Segunda Guerra Mundial, y la tendencia de los Tratados posteriores a 1945, invita a pensar que la inmunidad de la población civil respecto de los ataques intencionados se está evaporando. Por una ironía del destino, las Directrices Británicas sobre Guerra Aérea de 29-X-1942, ocultas en uno de los volúmenes de la *Historia de la Fuerza Aérea de los EE. UU.* (16), han recibido su máxima publicidad en un documento recientemente distribuido por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Según estas directrices, el bombardeo se limitaba, en principio, a los objetivos militares, quedando prohibido el bombardeo intencionado de la población civil en cuanto tal. Sin embargo, y exceptuadas las Convenciones de la Cruz Roja de Ginebra, ninguna de estas limitaciones se aplicaba al territorio alemán, italiano o japonés, pues «a consecuencia de la adopción por el enemigo de una guerra aérea ilimitada, el Gabinete ha autorizado un plan de bombardeo que incluye el ataque a la moral del enemigo» (17). De hecho, por lo tanto, la regla fijada se aplicaba úni-

(16) W. F. CRAVEN y I. L. CATE: *The Army Air Forces in World War II*, vol. II (1949), pág. 240.

(17) Comité Internacional de la Cruz Roja, *loc. cit.* en nota 1, *supra*, pág. 163.

camente a los territorios británicos y aliados ocupados por el enemigo, y la excepción cubría la totalidad de los territorios enemigos. De forma análoga, en la Directiva de Casablanca, de 21-1-1943, la Junta de Jefes de Estado Mayor definía como objetivo de la ofensiva de bombardeos contra Alemania desde el Reino Unido la «progresiva destrucción y dislocación del sistema militar, industrial y económico de Alemania, y el ataque a la moral del pueblo alemán hasta un punto en que su capacidad de resistencia armada resulte fatalmente debilitada» (18).

Es significativo el hecho de que en las Directrices Británicas el plan de bombardeo adoptado no se justifica en base a las represalias, sino, simplemente, en el argumento *tu quoque*. Más significativo aún es el que ni la acusación que llevó al proceso de los principales criminales de guerra alemanes ante el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, ni la Sentencia misma, se ocupan expresamente de la legalidad de la guerra aérea alemana o de la más indiscriminada de todas las formas de guerra hasta entonces conocidas, es decir, de las armas V alemanas. El Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente se abstuvo, igualmente, de toda indagación en torno a la legalidad de la guerra aérea japonesa (19).

Más perturbador, incluso, es el resultado del análisis desde este punto de vista, de los correspondientes artículos en las Convenciones de la Cruz Roja Internacional de 1949 (20), la Convención de La Haya de 1954 sobre Protección de la Propiedad Cultural en caso de conflicto armado (21), y el Proyecto de Reglas sobre limitación de los peligros para la población civil en tiempos de guerra, publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (22). Si se juzga por estas muestras, ha de pensarse que en los centros gubernamentales y militares se entiende actualmente que el campo de los objetivos de guerra legítimos es mucho más amplio que el de los combatientes, e incluye categorías algo indefinidas de paisanos en-

(18) *Loc. cit.* en nota 16, *supra*, vol. II, pág. 305.

(19) Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, vol. II, 6.<sup>a</sup> parte.

(20) Cf. el Proyecto de Acuerdo sobre Hospitales, localidades y Zonas de Seguridad, Anexo I a la IV Convención, y *Comentario* oficial de I. S. Picotet (1956), pág. 672 y ss.

(21) Cmd. 9837 (1956).

(22) Lista de Categorías de Objetivos Militares, en Comité Internacional de la Cruz Roja, *loc. cit.* en nota 1, *supra*, pág. 72 y ss.

tregados a un trabajo bélico. Además, las zonas-blanco legítimas no están ya limitadas a los objetivos militares, incluso entendidos éstos en un sentido muy amplio, sino que se extienden a los centros de comunicaciones, grandes establecimientos administrativos e industriales de cualquier tipo, y cualquier zona que resulte importante para la guerra. El principio de protección a la población civil enemiga, por tanto, parece, en la actualidad, aplicable únicamente a una *porción residual de personas que reúnan dos condiciones: no estar conectadas con el esfuerzo bélico y estar alejadas de las zonas-blanco importantes.*

Si el principio de inmunidad de la población civil enemiga está limitado a aquellas categorías de población que son irrelevantes desde el punto de vista bélico, y están situadas en zonas de las que puede decirse lo mismo, este principio aparece como una deducción correcta, pero escasamente significativa, de las correspondientes reglas del Derecho de Guerra. Señala cuán poco queda de una línea fronteriza entre el guerrear legítimo y la reincidencia en la pura barbarie de la guerra total.

Como es sabido, un arma de diez megatones tiene un poder explosivo cinco veces más fuerte que el de todas las bombas arrojadas sobre Alemania durante la segunda guerra mundial, y cien veces más que las lanzadas sobre el Japón. Por lo tanto, si se utiliza un arma nuclear de tal calibre que no permite, al menos, la protección de este residuo de población civil, absolutamente pacífico y desdeñable desde el punto de vista del esfuerzo bélico, o se emplean intencionadamente contra este sector de población armas de cualquier tipo, incluidas las nucleares, esta utilización sería una forma ilegal de guerra y constituiría un crimen de guerra en el sentido técnico del término (23).

### 3. REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL

Al considerar las reglas determinadas de Derecho Internacional que tienen importancia potencial para nuestro objeto, es necesario distinguir tres aspectos del problema: la legalidad del uso, la posesión y la prueba de armas nucleares.

---

(23) H. A. KISSINGER: *Nuclear Weapons and Foreign Policy* (1957), págs. 70-1.

*El uso de armas nucleares*

Se acepta, generalmente, que todo uso de armas nucleares supone, de manera necesaria, efectos de explosión, calor y radiación (24). Más difícil de establecer es si las explosiones nucleares envuelven también, necesariamente, la producción y emisión de gases o sustancias venenosas, o si aquellos que se expresan en este sentido (25) asimilan los efectos de la radiación con los de las sustancias o gases envenenados. Si alguna de estas cuestiones llegara alguna vez ante un tribunal internacional o de crímenes de guerra, se las trataría como una cuestión de hecho, y se decidiría en base a la prueba de los peritos. Para los fines de este artículo basta tratar los hechos controvertidos como hipótesis no comprobadas y discutir sobre esta base los problemas jurídicos existentes. En relación con estos hechos e hipótesis, se hace necesario considerar algunas reglas del Derecho de Guerra potencialmente aplicables.

a) *Prohibición de usar todas las armas nucleares.*—Las normas pertinentes se considerarán bajo tres epígrafes.

1. *Prohibición de usar venenos y armas envenenadas.*—El empleo de venenos y armas envenenadas está prohibido por dos firmes reglas de Derecho Internacional consuetudinario. Desde la codificación de estas dos reglas bajo un mismo epígrafe en el artículo 23 a) de las Regulaciones de La Haya de 1899 y 1907, se las formula,

---

(24) Vid., por ej., el informe de la Misión Británica en el Japón sobre *The Effects of the Atomic Bombs at Hiroshima and Nagasaki* (1946); Home Office y Scottish Home Department, *Nuclear Weapons* (1956); British Medical Research Council, *The Hazards to Man of Nuclear and allied Radiations* (1956), y Atomic Energy Commission de los Estados Unidos, *The Effects of Nuclear Weapons* (1957).

(25) Vid., por ej., CASTRÉN, *loc. cit.* en nota 1, *supra*, pág. 207; Comité Internacional de la Cruz Roja, *Summary of the Opinions expressed by the Experts* (Comisión de Expertos para la Protección Legal de la Población Civil-1954), pág. 3; Informe de la Advisory Working Party of Experts sobre *Legal Protection of the Civilian Population* (1956), pág. 40; observación de Einstein sobre el «envenenamiento radiactivo de la atmósfera», en «Lok Sabha Secretariat», Nueva Delhi, *Atomic and Hydrogen Weapons, Comments and Reactions, 1954-1955* (1956), pág. 65, y la explícita referencia al «envenenamiento en masa» como uno de los efectos del empleo de armas nucleares en el Acta Final de la Conferencia de Londres de 1954 (vid. *loc. cit.* en nota 84, *infra*).

generalmente, como una misma regla con dos derivaciones (26). Es dudoso que esto sea aconsejable, pues la *ratio* que soporta estas normas no es la misma. En tanto que el veneno se administra, normalmente, de forma secreta, las armas envenenadas se utilizan abiertamente (27).

La consulta en libros de texto ordinarios y manuales militares sobre el significado de veneno y armas envenenadas confirma lo escasamente explorado que está este campo. Las definiciones brillan por su ausencia. No queda, pues, otra salida que recurrir al significado vulgar de ambos términos. Etimológicamente, la procedencia de la palabra veneno (*poison*) de *potio* pudiera sugerir la limitación a sustancias que se transmiten de forma flúida. Sin embargo, una simple ojeada a los equivalentes latinos y germánicos del término resta importancia al argumento. En cualquier caso, de acuerdo con las reglas generales del Derecho intertemporal (28), el significado decisivo de estos términos es el actual. En el uso contemporáneo —no sólo en inglés— el término comprende cualquier sustancia que «al ser introducida en un organismo vivo o absorbida por él destruye la vida o perjudica la salud» (29). Esto excluye la muerte o daño a la salud causados por medio de la fuerza, sea corte de espada, lanzada, perforación del cuerpo por una flecha o una bala, o el daño producido por una explosión. Así, no hay duda de que los efectos explosivos de las armas nucleares no están comprendidos en la prohibición de emplear venenos.

No estaría justificado, en cambio, desechar la posibilidad de que

(26) SCOTT: *Loc. cit.*, en nota 8, *supra*, pág. 116. Vid. también *infra*, páginas 14 y 19.

En el art. 8 *ca*) del *Manuel des lois de la guerre sur terre* adoptado en 1880 por el Institut de Droit International, la prohibición de emplear veneno se declara ya en una norma ampliamente esbozada: «Il est interdi (a) de faire usage du posion, sous quelque forme que ce soit» (*Resolutions de l'Institut 1873-1956*) (1957), pág. 184. Cf. también el art. 16 (1) del *Manuel des lois de la guerre maritime* del Instituto (ibid, págs. 234-235).

(27) Vid. *infra*, págs. 13 y sigs.

(28) Vid. *loc. cit.* en nota 4, *supra*, pág. 21 y ss.

Realmente parece que los venenos en forma sólida eran ya bien conocidos en el estadio de formación de estas normas. Cf. Sir HENRY SUMMER MAINS: *International Law* (1915), pág. 135.

Vid. también *infra*, págs. 15 y sigs.

(29) *Shorter Oxford Dictionary*.

la regla que prohíbe el uso de venenos pueda afectar (al menos) a los efectos térmicos y radiactivos de las armas nucleares, y la contaminación producida por la lluvia radiactiva. Probablemente, es posible tratar como sustancias al calor y a la radiación. Si cualquiera de estas sustancias se introdujera en el cuerpo en dosis suficiente destruiría la vida o dañaría la salud. En todo caso, esto es cierto de la lluvia radiactiva. De esta forma, sin invocar siquiera la posibilidad de la necesaria producción de gases venenosos por la explosión nuclear (30), parece existir, *prima facie*, una razón para considerar incompatible el uso de las armas nucleares con la prohibición de utilizar venenos. Es necesario, sin embargo, confrontar este hallazgo con la *ratio substante* a las reglas prohibitivas del uso de venenos y armas envenenadas. Más o menos articulada y convincentemente, se han avanzado algunas de las razones y, como veremos, las opiniones sobre el asunto han cambiado incluso en épocas recientes.

El secreto podría explicar la prohibición del uso de veneno, pero difícilmente afectaría al empleo declarado y abierto de armas envenenadas. Siguiendo una fuerte tradición naturalista, Hall señaló la inevitabilidad de la muerte como la razón de la norma (31). Oppenheim aceptó esta explicación como la primera de dos razones, siendo la segunda el innecesario sufrimiento causado por el envenenamiento (32). A partir de la quinta edición (33), el editor de Oppenheim ha prescindido de la primera razón en favor de la segunda. Como resulta de las sucesivas ediciones de Oppenheim, hasta la quinta inclusive (34), esta doble razón es el producto de un error del maestro en la primera edición que permaneció oculto hasta la

---

(30) Vid. *supra*, págs. 11 y 12.

(31) *International Law* (1.<sup>a</sup> edición 1880, 8.<sup>a</sup> edición 1924), pág. 185.

(32) *International Law* (1906), vol. II, pág. 110.

(33) Ed. H. Lauterpacht (1935).

(34) Ed. H. Lauterpacht (1940).

Inconscientemente, este error tal vez se haya visto facilitado por una línea de pensamientos que puede retrotraerse, al menos, hasta Vattel: *Le Droit des Gens* (1758, vol. II, Lib. III, Cap. VIII, pág. 156): el uso de armas envenenadas no está exigido por las necesidades de la guerra, y resulta, por lo tanto, de innecesaria crueldad. Sobre la autoridad de este argumento, se trataban juntas las normas prohibitivas del uso de armas envenenadas y la producción de un sufrimiento, innecesario en la primera edición del *British Manual of Military Law* (1884), cuya edición de 1914 correspondió revisar a Oppenheim en colaboración con el Major-General Edmonds.

sexta. De uno u otro modo, Oppenheim había creído que el artículo 23 e) de las Regulaciones de La Haya prohibía tanto el uso de venenos y armas nucleares como el de armas calculadas para producir un sufrimiento innecesario. En realidad, una prohibición está contenida en el párrafo a) de este artículo y la otra en el e). Cuando Oppenheim revisaba la segunda edición de su Tratado sobre la base del texto tal como constaba, parece que él mismo encontró difícil de comprender el significado de la primera *ratio* y pensó en eliminarla (35).

La razón de que se preste tanta atención a las divergencias y mutaciones de la *ratio legis* de esta norma es doble. El tratamiento de esta cuestión en la doctrina ius-internacionalista es un ejemplo antológico del grado de subjetividad—incluyendo el error—que puede deslizarse en la formulación de una *ratio legis*. Además, la *ratio legis* es un motivo importante, si no decisivo, para incluir las normas del Derecho de Guerra en uno u otro tipo. A su vez, esto puede ser decisivo para aceptar o rechazar la extensión de una norma a una nueva arma. Si, como parece indicar el material de que disponemos, las reglas del Derecho de Guerra se dividen en las que, sin entrar en conflicto con las necesidades bélicas, requieren el acatamiento de los *standards* de civilización, las que, aun estando en contradicción con las necesidades bélicas, dan prioridad a estos *standards*, las que representan un auténtico compromiso entre unas y otras exigencias, y las reglas admonitorias, que no limitan las necesidades bélicas, parece evidente que la cuestión cambia mucho si, como quiere Oppenheim, las reglas que prohíben el uso de venenos y armas envenenadas pertenecen a la primera categoría o, por el contrario, se encuadran en una de las tres restantes.

Considerando la importancia de estas reglas en relación con la legalidad de las armas nucleares, parece aconsejable tratar de obtener una mejor comprensión de su significado, y comparar las «razones» que las justifican por medio de una investigación independiente de sus orígenes y evolución (36). Está claro que, hasta el

(35) Cf. nota 4 a la 110 de la 4.<sup>a</sup> edición (ed. A. D. McNair, 1926).

(36) En este artículo esto sólo puede ser esbozado. Resultaría un buen tema para más investigación de post-graduado seguir estas sugerencias, en particular referencias a las fechas en que estas reglas se fueron, gradualmente, incorporando a los Artículos de Guerra de las principales Potencias europeas y sus Manuales de Derecho Militar, y se concluyeron Tratados

siglo XV, el *ius gentium* europeo no conocía normas que prohibieran el uso bélico de venenos o armas envenenadas (37). Igualmente, apenas puede dudarse de que a comienzos del siglo XVIII, si no antes, estas normas constituyen parte aceptada del Derecho de Guerra aplicado entre las naciones civilizadas de Europa (38). Estas fechas encierran el período formativo de estas normas. Es posible que una investigación más detallada pueda concretarla más. En todo caso, es necesario proceder con prudencia. Cuando Alberico Gentile publicó, en 1589, la segunda de sus *Commentationes de Jure Belli*, defendió vigorosamente la prohibición de emplear venenos y armas envenenadas en la guerra, pero trataba el asunto como aún discutido (39). Una generación más tarde, sin embargo, Grocio estaba dispuesto a conceder la legalidad del uso de venenos sólo en Derecho natural. Al mismo tiempo insistía en que, al menos las naciones más civilizadas, habían renunciado desde hacía tiempo a esta forma de hacer la guerra. Sin embargo, a juzgar por las pruebas que Grocio aducía para probar que estas reglas habían sido aceptadas «desde antiguo», si no por todas, al menos por las naciones más avanzadas, parece que pensaba más bien en la remota antigüedad que en la más reciente práctica europea (40).

El número mismo de razones (no menos de diecinueve) que Gentile consideró necesario aducir en favor de estas normas, es indicación suficiente de la fuerte justificación que él estimaba aún necesaria. Entre dichas razones figura el carácter clandestino del empleo de veneno (si no de las armas envenenadas), así como la naturaleza cruel, deshonrosa y maliciosa de esta clase de lucha. También se utilizaba lúcidamente el argumento que en el período

---

para la extradición de los culpables del empleo de veneno, incluso cuando las partes estuvieran en guerra.

(37) Cf. R. WARD: *Foundation and History of the Law of Nations in Europe* (1795), vol. I, págs. 151-2.

(38) Sobre la doctrina y práctica del siglo XVII, cf. G. F. DE MARTENS: *Précis de Droit des Gens moderne de l'Europe* (1801), pág. 273.

(39) En la misma forma su *De iure Belli Libri Tres* (1612), Libro II, Cap. VI, pág. 256.

(40) *De iure Belli ac Pacis Libri Tres* (1625), Libro III, Cap. IV, § XV (1).

Todavía a mediados del siglo XVIII BYNKERSHOEK abogaba por la legalidad del empleo de veneno en la guerra: *Quaestiones Juris Publici Libri Duo* (1737), Libro I, Cap. I, pág. 3.



de entreguerra 1919-1939 parecía no tener ya sentido (41). A causa de que, como se pensaba, el más leve contacto de veneno con la sangre producía la muerte, es decir, a causa de la terrible destructividad de estas armas, Gentile consideraba su uso legítimo en la guerra de exterminio (42). No es sorprendente que, tras el holocausto de la primera guerra mundial, y en un momento en el que se preveía ya una guerra futura aún peor, en términos de guerra aérea apenas limitada (43) el argumento de Gentile, cuando se comprendía, pareciera anticuado. Por entonces se había aceptado como legítimas armas mucho más crueles y mortales, pero que no estaban incluidas en ninguna norma prohibitiva. Siendo esto así, se reducía también, prácticamente, a algo carente de sentido la otra *ratio* de la norma prohibitiva del empleo de veneno, es decir, la elusión de un sufrimiento innecesario (44). Incluso Gentile y Grocio habrían coincidido, probablemente, en la opinión de que, no estando las armas envenenadas, y con independencia de cualesquiera otras limitaciones que ellos pudieran considerar aplicables al uso de la fuerza en el siglo XX, la prohibición de emplear veneno no incluía estas formas de hacer la guerra. Aparte de cualquiera otra razón, la prohibición del empleo de veneno descansaba en una concepción naturalista de la guerra, como una disputa o situación en la que los interesados intentaban arreglar por la fuerza sus diferencias, y los naturalistas distinguían agudamente entre la fuerza y argucias tales como el veneno.

Gentile era plenamente consciente del hecho de que estos diferentes argumentos no tenían todos el mismo peso, pero pensaba que su efecto acumulativo resultaría concluyente. El primero de ellos indica derechamente la verdadera *ratio legis*, que resulta oscurecida por algunos de los menos convincentes que siguen. Este primer argumento es el de que el uso de venenos está prohibido por ser una arma típica de bárbaros y salvajes. Cuando, hacia el fin, se ocupa Gentile de los encantamientos y artes mágicas, que

(41) Vid. *supra*, pág. 14.

(42) *Loc. cit.* nota 39, *supra*, pág. 250.

(43) Ni siquiera la ya amplia definición de objetivo militar en el Proyecto de Reglas sobre Guerra Aérea de 1923 puede inducir a las Potencias a transformar este Proyecto en una Convención obligatoria; vid. *supra*, página 6, nota 13.

(44) Vid. *supra*, pág. 14, e *infra*, págs. 24 y sigs.

él incluye entre los venenos (45), retorna a este argumento, y arguye que estos artificios son ilegales «porque la guerra, disputa entre hombres, se convierte así en una lucha entre demonios» (46). En otras palabras —que pueden encontrarse ya en la traducción de Barbeyrac de un pasaje sobre el envenenamiento del *De iure Belli ac Pacis* de Grocio (47)—, las naciones más civilizadas evitan el empleo de estas armas. Su uso va contra el nivel de civilización tal como lo entendían estos humanistas de los siglos XVI y XVII.

La cantidad de ejemplos extraídos de la antigüedad en los capítulos correspondientes de las obras de Grocio y Gentile, indica hasta qué punto la formación de las reglas prohibitivas del uso de veneno y gas envenenado estaba inspirada por el redescubrimiento renacentista de esta tradición heroica. Sin embargo, existen también influencias menos elevadas. La propaganda anti-Borgia, utilizada primero en el Vaticano por una fracción después victoriosa, y empleada más tarde, en general, con propósitos antipapistas, se beneficiaba grandemente al calificar de villanas e ilegales las armas utilizadas por esta reconocidamente *non sancta* familia. De otro lado, los mercenarios que alquilaban sus servicios al mejor postor no podían por menos de mirar con una profesional repugnancia a las armas que les quitaban la deportiva oportunidad de escapar a la muerte si en la batalla resultaban sólo levemente heridos. Para ellos la inevitable fatalidad de las armas envenenadas era una razón tan buena como cualquier otra para declarar antiprofesional el empleo de estas armas. Pero tampoco el suyo era el único sindicato. Los príncipes mismos consideraban que el veneno era un arma contra la que se encontraban indefensos aun en medio de un poderoso ejército. En un notable argumento *Cui bono*, Grocio explica de esta forma el origen de la regla que prohíbe el uso de venenos (48).

¿Puede aplicarse alguna de estas razones de las reglas prohibitivas del empleo de venenos a los efectos térmicos, radiactivos y

(45) Es significativo que este uso del término ni siquiera limita el sentido del veneno a materia o sustancia. Vid. *supra*, pág. 13.

(46) *Loc. cit.* en nota 39, *supra*, pág. 261 (traducción de J. C. Rolfe).

(47) Edición Basle de 1786.

(48) *Loc. cit.* en nota 40, *supra*, § 15 (2).

Vattel extendía este argumento hasta explicar la prohibición del empleo del veneno por el interés y seguridad no sólo del príncipe, sino de los jefes militares en general (*loc. cit.* en nota 34, *supra*, § 155).

contaminadores de las armas nucleares? El hecho de que la moderna práctica bélica no haya aplicado esta analogía al uso del fuego por medio de lanzallamas y bombas incendiarias y *naphalm* o a las tormentas de fuego (*fire storms*) producidas por los bombardeos de saturación, puede sugerir que los efectos térmicos de las armas nucleares han de asimilarse al empleo de la fuerza más bien que al de sustancias venenosas. Por el contrario, pueden asimilarse fácilmente al veneno la radiación y la contaminación radiactiva, que si se introducen en el cuerpo en dosis suficientes producen síntomas análogos a los del envenenamiento (49) y causan la muerte o graves daños a la salud en una forma —como dice Gentile— más propia de demonios que de seres humanos civilizados.

El hecho de que, en otros aspectos, la guerra contemporánea ignore ampliamente los modos civilizados o los rebaje tanto que los hace irrelevantes, no parece invalidar esta conclusión. Por lamentable que sea, el empleo de la fuerza no está limitado en forma suficiente por reglas que prohiban siquiera el empleo de la más destructiva de estas armas. Las reglas sobre el veneno y las armas envenenadas contienen, por el contrario, prohibiciones apreciables.

La incorporación de estas dos reglas a las Regulaciones de La Haya sobre guerra terrestre de 1899 y 1907 puede tomarse como meramente declaratoria de estas normas de Derecho Internacional consuetudinario. Se ha dicho, no obstante, que a la luz del material preparatorio, el artículo 23 a) de estas Regulaciones debe limitarse exclusivamente a los actos de envenenamiento secreto que amenazan por igual a los combatientes que a la población civil (50).

(49) Comisión de Energía Atómica de los Estados Unidos de América, *The Effects of Nuclear Weapons* (1957), pág. 473.

(50) GUGGENHEIM: *3 Handwörterbuch des Völkerrechts* (1929), pág. 446.

En realidad, los *travaux préparatoires* de las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 parecen indicar, simplemente, que el artículo 23 a) de las Regulaciones de La Haya sobre Guerra Terrestre, de 1899, había de corresponder a la formulación de esta prohibición en el artículo 13 a) del Proyecto de Declaración de Bruselas de 1874 (informe a la Comisión Segunda de la Conferencia de la Paz de 1899, I. B. SCOTT: *Rapports Faits aux Conférences de La Haye de 1899 et 1907* (1920), pág. 145). Cf. también Anexo I al Informe de Sir I. Pauncefote al Marqués de Salisbury, 6 de julio de 1899 (C. 1534-1899, págs. 125 a 128), el informe del Barón de Gieslingen a la Conferencia de La Haya de 1907 (SCOTT: *Loc. cit.*, *supra*, pág. 521 y ss.) y

Este argumento puede rechazarse si sirve para algo la práctica del Tribunal Mundial, que rechaza interpretar los textos que, al menos en apariencia, son claros (51). En cualquier caso, el contenido de estas dos reglas de Derecho Internacional consuetudinario sobre el asunto no es tan restringido y, a falta de una prueba de que hubiesen sido limitadas por *desuetudo*, no resultarían afectadas por la formulación restrictiva de estas Convenciones. En este punto la cláusula de Martens en los Preámbulos a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 vuelve por sus fueros y desempeña su verdadera misión (52).

2. *Declaración de La Haya sobre gases asfixiantes de 29-VII-1899*.—Por esta declaración se prohíbe el empleo de proyectiles cuyo único objeto sea la difusión de gases asfixiantes o deletéreos (53). Si bien Rusia y el Reino Unido son Parte de las Convenciones, no lo son los Estados Unidos. Prescindiendo de esto, no puede decirse que la difusión de gases sea el *único* o *uno de* los objetos perseguidos por el empleo de armas nucleares.

3. *Protocolo de Ginebra de 17-VI-1925*.—Mediante este Protocolo, las Partes que no estuvieran ya ligadas por Tratados que prohíben el uso bélico de «gases asfixiantes» o venenosos de otro tipo, y de «todos los líquidos, materiales o artificios análogos», aceptan esta prohibición y la hacen extensiva al empleo de métodos de guerra bacteriológica (54). Partes de este Protocolo son treinta y nueve Estados (55), algunos de los cuales—incluyendo a los miembros del British Commonwealth y a la Unión Soviética—hicieron

---

la correspondencia relativa a la Conferencia de Bruselas de 1874 (65 B. F. S. P. (1873-74), pág. 1004 y ss., y, en particular, págs. 1007 y 1008, C. 1128 (Doc. Parl. 1875).

(51) Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, pág. 498 y ss.

Para una reafirmación reciente de esta actitud judicial, Cf. el Arbitraje Franco-Español del lago Lanoux (1957), *Sentence de Arbitrale: «Les dispositions claires du Droit conventionnel n'appellent aucune interprétation»* (pág. 34).

(52) Vid. *supra*, pág. 4.

(53) *Loc. cit.* en nota 8, *supra*, pág. 225.

(54) Cmd. 3604 (1930), pág. 2.

(55) Excluyendo a Estonia, Letonia y Lituania, Cf. la lista en la *Collection of Constitutional Texts concerning the legal Protection of Populations from the dangers of aerial Warfare and Blind Weapons*, publicada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (1954), pág. 61.

en sus actas de ratificación o adhesión reservas relativas a los Estados que no estuvieran ligados por el Protocolo o infringieran sus mandatos. Entre los no partícipes sobresalen los Estados Unidos.

Si pudiera establecerse que el uso de todas las armas nucleares implicaba necesariamente la emisión de gases enumerados en el Protocolo (56), la cuestión quedaría resuelta para las partes de éste. Incluso si esto no fuese así, las palabras «todos los líquidos, materiales o artificios análogos» están enunciadas de forma tan amplia que pueden abarcar cualquier arma de clase análoga, prescindiendo de que fuera conocida o en uso en el momento de firmar el Protocolo. Si los efectos de radiación y contaminación de las armas nucleares pueden equipararse al veneno (57), tanto mejor pueden serlo al gas venenoso, que no es sino una especie más próxima del género «veneno». Por la misma razón, las prohibiciones de guerra química y bacteriológica contenidas en el Protocolo deben estimarse como puramente declaratorias del Derecho Internacional consuetudinario y obligatorias para todos los Estados. Resulta así irrelevante que un Estado determinado sea o no sea parte en el Protocolo de Ginebra de 1925 (58).

---

(56) Vid. *supra*, pág. 12.

(57) Vid. *supra*, pág. 13.

(58) Para una conclusión similar, pero basada en el carácter de prueba acumulativa de importantes declaraciones en una serie de proyectos, tratados que imprimen obligaciones legales a Potencias *determinadas* y afirmaciones políticas del período posterior a 1919, cfr. OPPENHEIM: *International Law* (ed. H. Lauterpacht), vol. II (1952), págs. 344.

Tienen especial significación el art. 171 del Tratado de Paz de Versalles, de 1919, y los correspondientes artículos de los otros Tratados de Paz de 1919-20 y del Tratado de Berlín, de 25 de agosto de 1921, entre los Estados Unidos y Alemania. En estas cláusulas, la prohibición de «emplear gases asfixiantes, venenosos o de otro tipo, y líquidos o artificios análogos», se considera impuesta por una prohibición ya existente y como razón por extender la prohibición a la importación de tal material a Alemania o su fabricación allí. También en el *International Law*, vol. II (1945), pág. 1818 y ss., se evita cuidadosamente toda conclusión sobre el carácter declaratorio o modificativo del Protocolo de Ginebra sobre gases, de 1925. En el Manual estadounidense sobre *The Law of Land Warfare* (cf. § 29 de la edición de 1940 y § 38 de la edición de 1956) ha prevalecido esta última opinión.

La importancia que tiene el tratar de descubrir la verdadera *ratio legis* de la prohibición de emplear venenos, y armas envenenadas, se hace evidente en el uso que se ha hecho de la *ratio* de perfidia (contraria al hecho de que el uso de armas envenenadas es ilegal prescindiendo de que sea o

b) *Excepciones a la prohibición de usar armas nucleares.*— Aceptando en principio que está prohibido el empleo de todas las armas nucleares, han de considerarse las posibles excepciones a esta regla. El uso de armas nucleares en defensa propia y como represalia son las más importantes.

1. *Autodefensa.*—En el cuasi-orden internacional del Pacto Kellogg y la Carta de las Naciones Unidas, continúa siendo legítimo el recurso a la guerra para la autodefensa y con el propósito de defensa colectiva (59). Puede argüirse—como se ha hecho ya por algunos escritores iusnaturalista— que en la autodefensa está justificado el uso de cualquier medio. En especial, una vez que se ha hecho burla de un orden o cuasi-orden internacional, pueden encontrarse razones muy fuertes, sobre todo en un sistema legal débil, en pro de que el infractor no resulte beneficiado por el propio sistema legal que ha violado. Al tiempo, esta misma situación produce sus propios argumentos en contra de tal proposición. Dentro de un cuasi-orden internacional tan débil como el de las Naciones Unidas, la acción de autodefensa quedará como una cuestión de auto-interpretación, al menos hasta que se haya decidido la contienda. Incluso entonces, y fuera cual fuese la verdad de los hechos, el vencedor (si lo había) en una guerra cósmica entre las dos mitades del dividido mundo estaría poco dispuesto a ser marcado por el estigma de la agresión. Realmente, permitir el empleo de armas prohibidas únicamente a las víctimas de una agresión serviría tan sólo para alentar a todos a su uso. En tanto que la no utilización de dichas armas pudiera interpretarse como una tácita admisión de no estar autorizado para usarlas, su empleo serviría como un medio para afirmar ante el mundo que el Estado beligerante en cuestión había actuado en legítima defensa o con propósito de defensa colectiva. Por esto hasta ahora la práctica de los Estados ha venido rehusando, firme y sabiamente, sancionar cualquier clase de discriminación respecto del *ius in bello* entre Estados que alegaban o carecían de un *ius ad bellum* (60).

---

no secreto). Así, se ha sugerido que como el uso abierto de gases no es pérfido, es presuntamente legal. Vid., por ej., I. L. KUNZ: *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht* (1935), págs. 81, nota 85, y 85-6.

(59) Vid. además el 87 *Recueil de La Haya* (1955), pág. 327 y ss., y *loc. cit.* en nota 4, *supra*, vol. II, sexta parte.

(60) Para aplicaciones de esta declaración en campos no relacionados

2. *Represalias*.—A menos de que hayan sido limitadas o excluidas por un Tratado, las represalias constituyen una forma legítima de vengarse, por medio de un acto que sería ilegal en otras circunstancias, de un previo acto ilegal perpetrado por otro sujeto de Derecho Internacional. El Derecho Internacional no limita las represalias a actos idénticos. La opinión más probable que, en cierta medida, puede apoyarse también en una autoridad judicial internacional (61), es la de que las represalias deben ser proporcionadas a la ofensa contra la que se dirigen. Una vez, sin embargo, que se admite la legitimidad de represalias no idénticas, se hace ligeramente difícil la determinación de su carácter proporcionado (62). Así, incluso si las armas nucleares, en cuanto tales, fueran declaradas ilegales, la legalidad de las represalias y la experiencia adquirida en las pasadas guerras respecto de las represalias y contrarrepresalias, impiden conceder un valor excesivo a la prohibición, en principio, de emplear armas nucleares (63).

3. *Necesidad*.—En ciertas circunstancias sumamente excepcionales la necesidad es una excusa admirable para la infracción del Derecho Internacional en relación con una parte inocente (64); las armas prohibidas no pueden utilizarse para la autodefensa, *a fortiori*, no podrán utilizarse tampoco con excusa de necesidad. Como el asunto se tratará más extensamente en otro lugar (65), basta con advertir aquí que no debe ser confundida esta justificación con argumentos extraídos de la necesidad militar o, mejor, de las necesidades bélicas. Estas no justifican la infracción de una norma impera-

---

con el Derecho de guerra *estricto sensu*, cf. *loc. cit.* en nota 4, *supra*, vol. II, sexta parte.

(61) Vid. *ibid.*, Cap. 38.

(62) Es interesante observar que en el *International Law* de OPPENHEIM (ed. H. Lauterpacht, vol. II, 1952), en tanto que el uso indiscriminado de gases venenosos, por vía de represalia, se considera criminal, a menos que se produzca como revancha (pág. 344), no se limita tan estrechamente el empleo de armas atómicas (pág. 351).

(63) Los debates del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas entre el 17 y el 26 de junio de 1952 (reuniones 577 a 583) muestran, quizá, un injustificado optimismo sobre la importancia del no uso de gases venenosos durante la segunda guerra mundial en relación con las armas nucleares. Vid. además STONE: *Loc. cit.* en nota 1, *supra*, págs. 353 y ss. y 556, y la obra del autor *Power Politics* (1951), págs. 209, 256, 529, 536 y 553.

(64) Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, vol. I, pág. 641 y ss.

(65) *Ibid.*, vol. II, sexta parte.

tiva de Derecho Internacional, sino que son simplemente un sinónimo de la soberanía en época de guerra. Deben ser ignorados, por tanto, en la medida en que la soberanía esté limitada por prohibiciones efectivas.

4. AUTOPRESERVACIÓN.—Explicar en este artículo que el llamado principio de auto-preservación puede constituir un principio psicológico, pero no jurídico (66), sería incurrir en una reiteración. Esto no supone, sin embargo, negar que esta noción seudolegal resulta sumamente adecuada para la finalidad ideológica de sustraerse con una elegancia y facilidad impresionantes, al menos en apariencia, al cumplimiento de deberes internacionales, de otra forma ineludibles.

5. PREVENCIÓN DE LA DOMINACIÓN MUNDIAL.—Esta justificación del uso de armas nucleares está tan alejada de las reglas de Derecho Internacional generalmente reconocidas que apenas necesita ser refutada. Si no fuese el argumento culminante de un conocido tratado (67) ni siquiera sería preciso mencionarla. Como, en un mundo dividido, cada parte está obligada a acusar de este último designio a la contraria, la función de este supuesto derecho u obligación («Las naciones así amenazadas podrían sentirse obligadas...») es proporcionar a ambas partes, de modo previo e indeterminado, justificaciones semilegales para el empleo de este «último argumento» (68).

### C) MOTIVOS ADICIONALES DE ILEGALIDAD

Acceptada la ilegalidad del empleo de todas las armas nucleares, basada en el motivo de que sus efectos de radiación y contaminación las hacen caer bajo las reglas que prohíben el uso de venenos y

(66) Vid. además *loc. cit.* en nota 59, *supra* (1955), pág. 343 y ss.

(67) *Loc. cit.* en nota 62, *supra*, pág. 351, nota 2.

Según me informó, con posterioridad a la edición inglesa de este artículo, el editor de Oppenheim, él no tuvo nunca intención de identificarse con el hipotético argumento de los hipotéticos beligerantes adelantado en su nota. Para una interpretación idéntica a la del autor (primero en el *8 Year Book of World Affairs* (1954), pág. 341), cf. F. A. MANN: 29 *B. Y. I. L.* (1952), pág. 516.

(68) Vid. además *8 Current Legal Problems* (1955), pág. 231 y ss.



armas envenenadas, el efecto acumulativo de otros motivos de ilegalidad no hará más que fortalecer una conclusión ya obtenida. Incluso así, estas reglas tendrán una importancia práctica, pues su infracción pudiera agravar lo que, de otra forma, tal vez se considerara como una ofensa nominal por parte, digamos, de personal subordinado. De otra parte, si el uso de armas nucleares fuera estimado, en principio, legítimo, esto realzaría enormemente el significado de cualquier regla especial que justificara el uso de determinadas armas nucleares, o de todas ellas en circunstancias determinadas. Las reglas que han de ser estudiadas en este epígrafe son el artículo 23 e) de las Regulaciones de La Haya de 1907 sobre guerra terrestre, los crímenes contra la Humanidad, la Convención del Genocidio, de 1948, y la IV Convención de Ginebra de 1949.

1. *Prohibición de infligir un sufrimiento innecesario.*—El artículo 23 e) de las Regulaciones de La Haya sobre guerra terrestre, de 1907, prohíbe el empleo de armas, proyectiles o material calculado para causar un sufrimiento innecesario (69). Esta Cláusula es aplicación de una regla más amplia. Está prohibido el empleo de la fuerza en los casos en que la utilización de la fuerza, en general, o de determinadas especies de fuerza no sirve a los fines de la guerra (70). La Cláusula imperativa de la Declaración de San Petersburgo de 1868 es un claro ejemplo de codificación parcial de esta regla (71). A la inversa, la legalidad de las granadas de mano, lanzallamas y bombas *napalm* e incendiarias en la guerra moderna es un claro testimonio de que el sufrimiento causado por armas de suficiente poder destructivo no es innecesario en el sentido de esta regla (72).

2. *CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.*—La extensión de la jurisdicción sobre crímenes de guerra, en sentido estricto, a los crímenes contra la Humanidad es desconocida para el Derecho Internacional consuetudinario. Por tanto, si tal jurisdicción existe, ha de estar basada en otras razones. Puede ser el consentimiento, como

(69) *Loc. cit.* en nota 8, *supra*, pág. 116.

(70) *Vid. además loc. cit.* en nota 4, *supra*, vol. II, sexta parte.

(71) *Vid. supra*, pág. 6.

(72) De acuerdo con el *Manual de Campaña del Ejército de los Estados Unidos (1956)* «qué armas causan un «daño innecesario» es cuestión que sólo puede determinarse ante la práctica de los Estados de prescindir del uso de ciertas armas por entender que producen este efecto», § 34 b).

la asunción de jurisdicción aliada, en 1946, sobre individuos japoneses, o la *debellatio*, como ocurrió en Alemania (73). También es una indicación plausible la de que, en virtud del principio de los actos propios (*estoppel*), los miembros de las Naciones Unidas no pueden negar la existencia de las reglas agrupadas bajo este concepto. Aunque por vía de recomendación, la afirmación de los Principios de Nuremberg en una Resolución de la Asamblea General, adoptada por unanimidad en 1946, pudo tener este efecto. Podría extenderse también a los Estados que ingresaron con posterioridad en las Naciones Unidas, pues puede considerarse que su admisión se hacía en el presupuesto de que aceptaban la *Lex societatis* (74).

De acuerdo con la definición de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, los crímenes contra la Humanidad incluyen los actos inhumanos contra la población civil en época de guerra. En vista del proceso de reducción a que, con el tácito consentimiento de las Potencias, parece haber estado sometido el concepto de población (75) la prohibición implicada en esta regla estableciendo un tipo adicional de jurisdicción criminal extraordinaria en el Derecho interno (76) sería relevante, a lo sumo, en casos excepcionales. Se aplicaría, por ejemplo, si se empleaban armas nucleares de un calibre que excluyera la protección de la población civil en el más limitado sentido del término (77) o se utilizaran intencionadamente armas nucleares contra la población civil con el fin de atemorizarla.

3. LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO DE 1948.—Esta Convención tiene la finalidad de proporcionar un Derecho Criminal interno, internacionalmente sancionado, contra los actos realizados con el fin de destruir, total o parcialmente, grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. La Convención tiene vigor entre cincuenta y dos Estados, si bien con reservas decisivas por parte de la Unión Soviética y otros países del Este de Europa. Ni los Estados Unidos de América ni el Reino Unido son parte en la Convención. Además, desde el Informe del Tribunal Internacional de Justicia sobre las

(73) Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, vol. I, págs. 297-8.

(74) Vid. además 3 *Concurrente Legal Problems* (1950), pág. 291.

(75) Vid. *supra*, págs. 7 y sigs.

(76) Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, vol. I, págs. 190-1 y 256.

(77) Vid. *supra*, págs. 10 y 11.

Reservas a la Convención del Genocidio (1951), es algo dudoso saber cuáles de las pretendidas partes lo son realmente y en relación con quiénes (78). No obstante, si, como se cree, las obligaciones impuestas por la Convención afectan, prescindiendo de ésta, a todos los Estados civilizados (79), la certidumbre o incertidumbre sobre las partes importa menos de lo que importaría en otro caso.

Así, si un Estado beligerante emplease armas nucleares, no con fines tácticos o estratégicos, sino para eliminar grupos o partes de éstos protegidos por la Convención, el hecho sería genocidio. Sin embargo, en ausencia del Tribunal penal internacional previsto por la Convención, sólo los Tribunales internos del Estado que ha cometido la infracción tendrán competencia para asumir la jurisdicción criminal sobre los individuos culpables. Además, entre los Estados que no han hecho reservas sobre este punto, el Tribunal Internacional de Justicia sería también competente para decidir en cualquier caso de supuesta infracción.

4. IV CONVENCION DE GINEBRA DE 1949.—En apariencia, la Convención de Ginebra sobre Protección de Elementos Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949, excluye, al menos tácitamente, el uso de las armas nucleares más poderosas e impone serias restricciones al empleo de cualquier otro tipo de estos ingenios. Los artículos sobre prohibición de la coerción, la intimidación y el terrorismo parecen corroborar esta opinión (80), que aún se ve reforzada por el hecho de que estos artículos pertenecen a una sección que contiene prescripciones comunes a los territorios de las partes del conflicto y a los territorios ocupados. Sin embargo, tres de las cuatro partes de la Convención están presididas por una definición de las personas protegidas tan estrecha, que hace algo equívoco el título de la Convención. Las personas protegidas son aquellos elementos civiles que, en caso de conflicto u ocupación, se hallan en manos de las partes o de un Poder ocupante del que no son nacionales (81).

---

(78) Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, págs. 271-2 y 442 y ss.

(79) Vid. *ibid.*, pág. 272.

(80) Artículos 31 y 33.

(81) Artículo 4 en relación con el 13.

RESUMEN

Puede ser conveniente resumir las conclusiones, necesariamente provisionales, alcanzadas en torno al empleo de armas nucleares:

1. Las consideraciones humanitarias, exigencias de la civilización y otros factores formativos, no pueden sustituir a las reglas prohibitivas de Derecho Internacional y no constituyen por sí mismas prueba de una prohibición al uso de armas nucleares.

2. El principio de que la población civil no puede ser objeto intencionado de una acción bélica, como deducción de reglas de Derecho Internacional, ha sido de tal manera cercenado durante la segunda guerra mundial y en los Tratados de carácter humanitario posteriores a 1945, que ha dejado de ofrecer un apoyo firme. A lo más, excluye aún el uso de las más poderosas armas nucleares contra la población civil, con tal de que ésta reúna las siguientes circunstancias:

a) Los individuos en cuestión no han de estar relacionados con el esfuerzo bélico.

b) Han de estar alejados de las zonas-blancas importantes.

3. Puede argüirse que el efecto de radiación y —en el caso de armas nucleares «sucias»— el de contaminación:

a) Hacen aplicables a las armas nucleares las reglas de Derecho Internacional consuetudinario que prohíben el uso de venenos y armas envenenadas, así como el artículo 23 a) de las Regulaciones de La Haya sobre Guerra Terrestre, de 1899 y 1907.

b) El Protocolo de Ginebra sobre gases venenosos y materiales análogos, de 1925, cuyas prescripciones fueron tenidas en el período posterior a 1919 como declaratorias del Derecho Internacional existente.

4. Aceptada la ilegalidad, en principio, del empleo de todas las armas nucleares, ha de aceptarse la legalización de su uso por vía de represalias, dentro de los límites en que éstas están admitidas en el Derecho Internacional, pero no puede justificarse o excusarse por ningún otro motivo.

5. Si se utilizan armas de un calibre que no permite la protección de la población civil, tal como se la define en 2 a) y b), o se hace este sector de la población objeto de un ataque intencionado, puede sostenerse que tal acto constituye un crimen contra la Huma-

nidad: es decir, su perpetración autoriza al poder enemigo para asumir la jurisdicción sobre los individuos correspondientes, como en el caso de los crímenes de guerra *stricto sensu*.

6. Si se emplean las armas nucleares con finalidades prohibidas por la Convención sobre el Genocidio de 1948, que, en este sentido, puede entenderse como puramente declaratoria del Derecho Internacional consuetudinario:

- a) La comisión de tales actos constituye un delito internacional.
- b) Los Tribunales de cualquier Estado son probablemente *competentes* para asumir la jurisdicción, de acuerdo con su propia ley penal, sobre los individuos acusados de haber cometido tales crímenes.
- c) Si el Estado en cuyo territorio se han cometido tales crímenes es parte en la Convención sobre el Genocidio, los presuntos delinquentes *han* de ser juzgados por un Tribunal competente de este Estado.

#### LA FABRICACIÓN Y POSESIÓN DE ARMAS NUCLEARES

En principio, todo Estado soberano es libre de fabricar y poseer armas nucleares. Si se requiriese una prueba específica de esta afirmación podría aludirse a la práctica generalizada entre los Estados respecto de la fabricación y almacenaje de gas venenoso. Incluso los Estados que habían firmado el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre gases venenosos, han continuado fabricando gases y almacenando cantidades considerables de estas armas prohibidas e incluso preparándose para la eventualidad de una guerra bacteriológica. En todos estos casos la justificación última está en que, incluso si se aceptara que los no partícipes están ligados por esta prohibición sobre la base del Derecho Internacional consuetudinario, pudiera hacerse necesario el empleo de estas arma por vía de represalias (82).

Los Tratados de paz de 1947 con Italia, Bulgaria, Finlandia, Hungría y Rumania ofrecen un ejemplo de la aceptación, por parte de estos países, de la prohibición de «poseer, constituir o experimentar armas atómicas» (83).

(82) Vid. *supra*, págs. 22-23, e *infra*, pág. 33.

(83) Italia: art. 51 (Cmd. 7481-1948); Bulgaria: art. 13 (Cmd. 7483-

Igualmente en el Acta Final de la Conferencia de Londres de 1954, el Canciller de la República Federal alemana se obligó, para con las Potencias del Pacto de Bruselas, a no fabricar, *inter alia*, armas atómicas (84). El Acuerdo contiene una importante definición de arma atómica «como un arma que contiene o está destinada a contener combustible nuclear o isótopos radiactivos, y que mediante explosión u otra transformación incontrolada del combustible nuclear o por radiactividad de éste o de los isótopos radiactivos puede producir destrucciones, daños o envenenamientos en masa» (85).

En todo caso, es una cuestión dejada a la interpretación de las Partes, si las Potencias a que corresponde la titularidad de tales derechos pueden librar individualmente de su obligación al Estado obligado o han de actuar conjuntamente. En ningún caso están titulados los no partícipes para exigir la observancia de estas limitaciones al ejercicio de la soberanía del Estado.

#### LAS PRUEBAS DE ARMAS NUCLEARES

En ausencia de obligaciones convencionales que impongan a los Estados obligaciones internacionales respecto de un territorio concreto (86), todo Estado es libre de usar su propio territorio con el

---

1948); Finlandia: art. 17 (Cmd. 7484-1948); Hungría: art. 15 (Cmd. 7485-1948), y Rumania: art. 14 (Cmd. 7486-1948).

(84) Cmd. 9289 (1954), II (15). Vid. además H. W. GRIGGS: 49 A. J. I. L. (1955), págs. 156-7.

Sobre la limitación en los usos del material nuclear proporcionado por el Reino Unido a Suecia y Noruega, cf. el intercambio de Notas Anglo-Noruego de 12 de julio de 1957 (Cmd. 277) y el Acuerdo Anglo-Sueco de 20 de septiembre de 1957 (Cmd. 290).

(85) Cmd. 9289 (1954), pág. 6. Vid. también notas 24 y 49 *supra*.

(86) Resulta dudoso que las pruebas nucleares realizadas en un territorio en fideicomiso incluso si se trata de una zona estratégica, se ajusten a la letra o el espíritu de los correspondientes artículos en la Carta de las Naciones Unidas o de un acuerdo de fideicomiso tal como el celebrado entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos sobre las islas del antiguo mandato japonés (aprobado por el Consejo de Seguridad en 2 de abril de 1947). En todo caso la materia es suficientemente discutible para justificar la sugerencia hecha por el gobierno Indio en el Consejo de Fideicomiso de que ésta sería materia adecuada para solicitar un dictamen del Tribunal Mundial.

Sobre los aspectos fácticos de la evacuación en 1947 de los habitantes

propósito que le plazca, incluyendo la prueba de armas nucleares.

Si tales pruebas causan daños a la vida, la salud o la propiedad de los sujetos de otro Estado soberano, se aplican las reglas generales del Derecho Internacional. Si el daño se sufre en el territorio de otro Estado soberano, el acto que lo ha producido constituye una interferencia ilegal en la esfera de jurisdicción exclusiva del otro Estado interesado. El Estado autor del agravio ha infringido su obligación de Derecho Internacional Consuetudinario de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para actos contrarios al Derecho de otros Estados (87). El acto se convierte en un agravio internacional, con todas las consecuencias legales que dimanar de tales acciones ilegales (88).

Si las pruebas se desarrollan de tal forma que algunas zonas de alta mar, al menos temporalmente, no son disponibles para otros usos, es necesario enfocar la cuestión con un sentido de la perspectiva. La evolución del Derecho marítimo muestra que, en ningún momento, la lista de usos legítimos de alta mar ha sido cerrada. Conforme iban apareciendo nuevas necesidades se agregaban usos nuevos a los ya establecidos. Los ejercicios navales, que han sido considerados siempre como una utilización pacífica de la libertad de los mares, implican frecuentemente la clausura temporal de ciertas porciones en alta mar. El problema está en concertar entre sí usos excluyentes que, *prima facie*, pueden todos invocar su legitimidad. Es aún una cuestión discutible la de si estos derechos se oponen como absolutos o han de ser reducidos a derechos relativos, que deben ejercerse en un espíritu de equidad y moderación. La sentencia del Tribunal Mundial en la Disputa de las Pesquerías Anglo-Noruegas (1951) ofrece algún apoyo para dar preferencia a las última opinión (89). En las relaciones entre miembros de las Naciones Unidas empuja en la misma dirección, incluso con más fuerza, el

---

de los atolones de Bikini y Eniwetok, y la caída de cenizas radiactivas sobre otros dos atolones habitados de las Marshall, cf. *International Review Service, Radiation Hazards* (1956), pág. 6 y ss. Cf. también B. FISCHER: *L'énergie atomique et les Etats Unies* (1957), pág. 372 y ss.

(87) *Caso Canal de Corfú* (merits) I. C. Y. *Rapports* (1949), pág. 22. Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, págs. 114 y ss. y 632 y ss.

(88) Vid. además *ibid.*, pág. 653 y ss.

(89) I. C. Y. *Rapports* (1951), pág. 129. Vid. además *loc. cit.* en nota 4, *supra*, págs. 32 y 348-9.

principio de buena vecindad, incorporado a la Carta con carácter legal (90). Sin embargo, en qué punto la equidad se hace irrazonable y la moderación se trueca en su contrario, es un difícil extremo en el que no es aconsejable ser dogmático. Soluciones plausibles, determinadas en último extremo por jerarquías de valores metajurídicos (91), pueden encontrarse por otro camino, atendiendo a la equidad y moderación con que los Estados Unidos de América y el Reino Unido han declarado sectores considerables del océano Pacífico como zonas temporalmente peligrosas. Si bien es imposible obtener otra cosa que interpretaciones controvertibles sobre un asunto de esta naturaleza, sería al menos factible conseguir una opinión autorizada sobre la materia si las Potencias accediesen a esclarecer el asunto mediante un dictamen del Tribunal Mundial.

Hasta que esto suceda continuará siendo incierto si la clausura temporal de sectores en alta mar con fines de pruebas nucleares puede invocar su legitimidad. Más fácilmente defendible es la afirmación de que cualquier perjuicio producido a consecuencia de tales pruebas, a la vida, la salud o la propiedad de individuos situados fuera de estas zonas de peligro constituye una infracción de Derecho Internacional (92).

(90) Preámbulo y artículo 74. Vid., además, *loc. cit.*, en nota 4, *supra*, páginas 50-1 y 218, y la carta del autor al editor de *The Manchester Guardian* sobre *Mass Expulsion of Foreigners*, 14 diciembre 1957.

(91) Vid., por ejemplo, el cuidadoso razonamiento de M. S. MACDOUGAL y N. A. SCHLEI: 64 *Yale L. J.* (1955), pág. 648 y ss., en favor de la legalidad de estas pruebas y referencia otras opiniones sobre el asunto; *ibid.*, nota 9 y, además, Z. OHIRA, 5, *Annals of the Hitotsubashi Academy* (1954), pág. 92 y ss.; S. ODA, 53, *Friedenswarte* (1956), pág. 126 y ss., y, finalmente, la magistral exposición del asunto por el profesor G. GIDEL en el *Festschrift de Spiropoulos* (1957), pág. 173 y ss.

(92) En vista del hecho de que la práctica marítima no ha considerado la contaminación de alta mar con petróleo como un hecho intensamente doloso, sino que ha sido necesaria una Convención sobre este punto, es dudoso que pueda originarse una reclamación internacional por la anti-económica captura de un pescado que se ha hecho radiactivo con anterioridad y por los efectos nocivos del consumo de este pescado. Cf. *La Convención Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por el Petróleo*, 12 mayo 1954 (Cmd. 9197-1954).

Estas dudas se ven reforzadas por la formulación altamente cautelosa del art. 84, relativo a la contaminación de alta mar con petróleo y restos radiactivos, de los artículos correspondientes al Derecho Marítimo, que fueron elaborados por la International Law Commission (51 A. J. I. L.), 1957, pág. 172.



En tanto que las armas nucleares continúen siendo tan «sucias» como ahora lo son, es decir, que su contaminación radiactiva no sea despreciable, la indefinida continuación de las pruebas nucleares puede conducir a una contaminación, cada vez más peligrosa, de la atmósfera y de las aguas en un nivel aproximadamente igual para todo el mundo. Una vez que esta competición en irresponsabilidad cósmica haya alcanzado un punto que amenace con afectar seriamente la vida y la salud de la población del resto del mundo, los Estados que no se entreguen a tales pruebas habrán de considerar un problema que en este punto bastará proponer: la aparición de delinquentes conjuntos en el Derecho Internacional.

### CONCLUSIONES

Pese al peligro de que se explote políticamente cualquier opinión emitida sobre un asunto tal como el de la legalidad de las armas nucleares, continuaría siendo cierto que cada una de las cuestiones tratadas en este artículo es un problema estrictamente jurídico y, al menos en intención, soluble por referencia al Derecho Internacional. Si las Potencias estuviesen dispuestas a verificar su propia posición en cada una de estas cuestiones, no sería ni siquiera necesario para ellas aceptar con este fin la jurisdicción contenciosa del Tribunal Mundial. La Asamblea general o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, en la cuestión más limitada de la legalidad de pruebas nucleares en los territorios bajo mandato que constituyen zonas estratégicas, también el Consejo de Mandato, están capacitados para requerir un dictamen del Tribunal Mundial. Parece, sin embargo, que ninguna de las partes está excesivamente ansiosa de conseguir un juicio autorizado sobre esta materia por parte de «el principal órgano judicial de las Naciones Unidas» (93).

Desde luego, el valor de un tal pronunciamiento no ha de ser sobrestimado. No pondría fin a la más cara e ilimitada carrera de armamentos del mundo. Ambas partes insistirían, con alguna justicia, en que, a falta de un Gobierno mundial fuerte, el presente equilibrio de temor es probablemente la única protección eficaz contra un *Armageddon* nuclear.

---

(93) Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas.

En este punto se hace desesperadamente inadecuado el contenerse con una exposición, por persuasiva que sea, sobre la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares. La primera no hace más que confirmar, todavía un paso más allá, la discordancia entre las vías del Derecho Internacional y las exigencias del nivel de civilización (94). La segunda llega más o menos al mismo punto, pues incluso aceptándola, continúa siendo legal el empleo de armas nucleares por vía de represalias. Además, si se llegara a un conflicto armado entre las superpotencias de nuestro tiempo, sería sumamente ingenuo esperar que, en su lucha por la supervivencia y la hegemonía mundial, prescindirían de usar algún arma de sus arsenales.

Llegadas las cosas a este estado, la cuestión decisiva es saber si el implacable proceso de concentración del poder en un número, cada vez menor, de manos, se completará —si se completa— mediante acuerdos o como hasta ahora, por la fuerza. Es este punto la primera y más contradictoria obligación del internacionalista es la de advertir contra la peligrosa ilusión de que sus soluciones sobre la legalidad o ilegalidad de las armas nucleares pueden influir, en uno u otro sentido, sobre el empleo de estos artificios de mecanizada barbarie.

Esto no implica que el internacionalista haya de lavarse las manos, prescindiendo de toda responsabilidad sobre la cuestión. A fin de hacer su específica contribución a la tarea debe, sin embargo, remover sus propias barreras mentales —para emplear la adecuada terminología de Stephen King-Hall. Ha de estar preparado para desafiar anticuados convencionalismos de una edad más segura, para considerar la planificación legal como una de las funciones sociales esenciales que ha de cumplir. Ha de estar dispuesto a considerar sin temor ni favor cualquier cambio en la estructura de la sociedad mundial existente, por radical que sea, que puede ser necesario para romper el círculo vicioso de nuestro sistema de disimulada política de poder mundial.

En esta perspectiva, un Tratado poniendo fuera de la ley a toda la «Familia» de armas nucleares sería grotescamente incongruente frente al reto que se nos hace. Como hasta ahora, las Potencias mundiales continuarían preparándose para la contingencia

---

(94) Vid., además, 8 *Currente Legal Problems* (1955), pág. 212 y ss.

de que la otra rompiese su palabra solemnemente dada y todo continuaría exactamente como antes.

Un Tratado que estableciese un monopolio de la energía nuclear en manos de una autoridad atómica mundial estaría más cerca del éxito. No obstante, para ser eficaz una agencia supranacional de este tipo habría de llegar hasta el Estado mundial a fin de privar a los miembros de este club nuclear de sus más peligrosos y bárbaros juguetes (95). Esto no es un argumento contra esta solución. De hecho, y por utópica que resulte dentro de la actual estructura política mundial, la solución federal parece proporcionar la única respuesta idónea a la impotencia del Estado parroquial, mal llamado «poder mundial», para proteger a sus ciudadanos contra los terribles pero no improbables peligros de un mundo dividido (96).

Si la otra alternativa que se ofrece a nuestra generación es la indefinida coexistencia bajo el miedo a la coextirpación, una carrera de armamentos nucleares de proporciones gigantescas y una gradual contaminación del aire, la tierra y las aguas, nada más vital que pensar en alternativas constructivas, por grandes que sean los sacrificios que su consecución pueda exigir.

Los partidarios de la escuela de la revisión de las leyes de guerra han contestado a este argumento con una oportuna pregunta: ¿Es más fácil abolir la guerra que propugnar una revisión del Derecho de guerra que detuviese la tendencia hacia la guerra total? (97). La contestación evidente es otra pregunta: ¿Detendría ello esta tendencia? Tres consideraciones hacen improbable que por este camino pueda evitarse la guerra total a escala mundial. El estilo

---

(95) Vid., además del autor, *Power Politics* (1951), pág. 551 y ss., y 725 y ss.

(96) *Defence, Outline of Future Policy*: «Se ha de reconocer francamente que, en la actualidad, no hay medios para proporcionar una adecuada protección al pueblo de este país contra las consecuencias de un ataque con armas nucleares.»

Cund. 124-1957, pág. 2, o la declaración hecha por Mr. Sandys, ministro de Defensa del Reino Unido, en Camberna, el 20 de agosto 1957. Por esto hemos dado un paso muy audaz al decidir no hacer lo imposible. Hemos decidido no defender todo el país, sino sólo nuestras bases de bombarderos. (*The Times*, 21 agosto 1957.) En Wellington Mr. Sandys se expresó en términos similares (*ibid.*, 5 septiembre 1957).

(97) Vid., por ejemplo, I. L. KUNZ: *45 A. J. I. L.* (1951), pág. 61, en un estimulante artículo que ha contribuido mucho a hacer revivir el interés por el estudio del Derecho de Guerra.

bélico de la edad nuclear parece premiar, siquiera sea ilusoriamente, la estrategia de dar primero. En una Sociedad mundial que ha alcanzado el penúltimo estado en el proceso de concentración del poder y en la que, por tanto, toda gran guerra ha de convertirse en una lucha por la dominación mundial, cada una de las partes está pronta a colocar la supervivencia y el dominio sobre el resto del mundo antes de cualquier otra consideración. Finalmente, es muy probable que en esta guerra se luchase con todo el fervor y crueldad de una guerra semi-religiosa. En este evento, las restricciones legales que, fundándose en las represalias, pueden ser siempre eludidas, difícilmente alcanzarán una magnitud adecuada a nuestro problema.

Esto nos lleva a la respuesta de la primera pregunta. Es probablemente mucho más difícil, pero resulta muchísimo más deseable. Lo que se necesita es un orden público mundial de que, sólo a su propio riesgo, puedan salirse los Estados parroquiales. Lo que puede conseguirse es tal vez algo menos, pero cae muy por debajo del mínimo de seguridad mundial.

GEORG SCHWARZEMBERGER

Trad.: F. RUBIO LLORENTE