

LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS QUÍMICAS Y BIOLÓGICAS EN SEDE INTERNACIONAL Y EN SEDE ESPAÑOLA

Miguel Alía Plana*

SUMARIO: I. LA PROHIBICIÓN DE LOS MALES INNECESARIOS Y LOS DAÑOS SUPÉRFLUOS II. LA INTEGRACIÓN JUDICIAL DE LA *CLÁUSULA MARTENS* Y DEL CONCEPTO *PROHIBICIÓN DE LOS MALES SUPÉRFLUOS Y LOS DAÑOS INNECESARIOS*. III. LA INTEGRACIÓN CIENTÍFICA. IV. LAS ARMAS QUÍMICAS. V. ARMAS BIOLÓGICAS O VIVAS. IV. RECEPCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LOS MALES SUPÉRFLUOS Y LOS DAÑOS INNECESARIOS POR EL DERECHO ESPAÑOL.

I.-LA PROHIBICIÓN DE LOS MALES INNECESARIOS Y LOS DAÑOS SUPERFLUOS

1.-Conceptos básicos

Los progresos técnicos no sólo contribuyen al bienestar de la humanidad, permiten también la producción de sistemas de armas cada vez más perfeccionados y, por consiguiente, más mortíferos. Intentar prohibir o limitar el empleo de algunos de ellos, mediante tratados internacionales, es una empresa llena de obstáculos: falta de consenso político, consideraciones técnico-militares e industriales, etc. Cada Estado procura, aunque no sea más que para garantizar su propia seguridad, dotar a sus FF.AA. con sistemas de armas por lo menos iguales y, a ser posible, más eficientes que aquellos con los que se dotan sus potenciales adversarios, con el fin de equilibrar la ratio amenazas/defensa. La lógica armamentística exige poseer medios superiores a los del posible enemigo, que también se rige por el mismo razonamiento, con lo cual se entra en una dinámica sin fin, en un proceso de investigación, aplicación y renovación de material sin solución de continuidad. La dialéctica de la Guerra Fría y la carrera de armamentos atómicos se explican desde esta perspectiva. Es preciso no olvidar que, de acuerdo con el espíritu del Derecho Humanitario Bélico, la utilidad militar de un arma no puede justificar su empleo si

* Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar (Fuerzas Armadas españolas). Doctor y diplomado en Derecho Militar Internacional, ha prestado servicio como asesor jurídico de las fuerzas españolas desplegadas en Bosnia-Herzegovina.

no se aviene con sus principios generales. Centraremos las líneas que siguen en las armas *clásicas* o *convencionales*¹. Se ha aceptado para ellas una prohibición general: la de aquellas que no guardan proporción entre la eficacia militar derivada de su uso y el daño que producen en los combatientes y en la población civil implicada en el conflicto de que se trate. Estos daños, no justificados por excesivamente crueles o por no aportar una ventaja militar cierta, se denominan *males superfluos* o *innecesarios*. Nos encontramos, así, con la prohibición de uso de las balas *dum-dum*, de las armas que producen fragmentos no localizables en el cuerpo humano, las trampas explosivas en forma de objetos anodinos, etc. La necesidad alegada por los Estados de no disminuir su potencia militar tiene como consecuencia que la prohibición o la limitación del empleo de ciertas armas sólo puede aceptarse de acuerdo con sus imperativos estratégicos. Sin embargo, éstos deben tener límites éticos y jurídicos, ya expresados en el preámbulo de la *Declaración de San Petersburgo* de 1868, por lo que respecta a la prohibición del empleo de ciertos proyectiles en tiempo de guerra.

2) *El único objetivo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo;*

3) *A este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;*

4) *Este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas, que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate o haría su muerte inevitable;*

5) *El empleo de armas semejantes sería contrario, por lo tanto, a las leyes de la humanidad.*

Las normas que limitan los métodos de guerra giran en torno a tres ejes: la apreciación de la situación, la conducción del combate y del control de la ejecución de las órdenes. Estas limitaciones son necesarias, a fin de evitar daños a los combatientes, a la población y a los bienes civiles, que serían excesivos con respecto a la posible ventaja militar obtenida mediante su uso. Por el término *ataque* se entiende todo acto de violencia contra el adversario, tanto si es ofensivo como si es defensivo, según el art. 49.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Ningún ataque debe producir daños o *males superfluos* o *innecesarios*. Ahora bien, ¿qué se entiende por tales? Según VERRI², la expresión *males superfluos* se refiere a *los efectos de los medios de combate que agravan*

1.-Se pueden utilizar indistintamente ambos términos. Con frecuencia, en medios de comunicación y manuales se usa más a menudo el término *armas convencionales*, del francés *armes conventionnelles*, pero, desde el punto de vista jurídico, se ha consagrado el término *armas clásicas*, del francés *armes classiques*, después de la *Conferencia de las Naciones Unidas del 10 de octubre de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas clásicas que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*.

2.-VERRI, Pietro, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, voz *males superfluos*; en <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/>.

inútilmente los sufrimientos de las personas, militares o civiles, que se vean afectados. El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, en su art. 35, recoge y positiviza este principio general:

2. *Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.*

Para VERRI³, la *doctrina de los males superfluos* se relaciona directamente con otro concepto, los *métodos de guerra*. Este término designa los *procedimientos tácticos o estratégicos utilizados, en la conducción de las hostilidades, para vencer al adversario empleando, sobre la base de informaciones que sobre él se obtengan, los efectos de las armas, combinados con el movimiento y la sorpresa*. Por lo que atañe a métodos (y a medios) de combate, en el Derecho Humanitario se aprueban los principios siguientes:

- El único objetivo legítimo de la guerra es debilitar las fuerzas armadas adversarias a fin de reducir su voluntad. Para ello, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de combatientes enemigos.
- La elección de los métodos y medios de guerra no es ilimitada.
- Está prohibido el empleo de métodos y medios de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.
- Cuando se estudien, desarrollen, adquieran o se adopten nuevos métodos o medios de guerra, se deberá determinar si no está prohibido su empleo, en ciertas o en todas las circunstancias.

Una vez visto que no está permitida toda conducción de las hostilidades, que existen límites en el desarrollo del combate y que las armas no deben causar males innecesarios, cabe preguntarse exactamente qué cosa se entiende por este último concepto. Para ello, partiremos de otro, la *cláusula Martens*, y veremos cómo se han relacionado ambos a lo largo del desarrollo del Derecho Humanitario.

2.-La cláusula Martens y el principio de distinción

Desde hace siglos, en los tratados y costumbres internacionales se ha reconocido que los Estados no tienen un derecho ilimitado para elegir métodos y medios de combate. El tratado más importante en que se reafirma esta idea es el *Reglamento de La Haya* de 1907. Los Tribunales de Nuremberg⁴, Tokio⁵, Yugoslavia⁶ y Ruanda⁷ lo reconocieron

3.-Ibíd., voz *métodos de guerra*.

4.-JESCHEK, Hans-Heinrich, *Nuremberg Trials*, en BERNHART, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam-Nueva York-Oxford: North-Holland Publishing Company, 1982, p. 50. Para mayor información sobre el proceso de Nuremberg, cf., en internet:

-<http://www.courttv.com/casefiles/nuremberg/>.

-http://www.thehistorynet.com/WorldWarII/articles/11953_text.htm.

directa o indirectamente en sus textos fundacionales y en su jurisprudencia como principio consuetudinario fundamental del Derecho de la Guerra, al igual que la Corte Internacional de Justicia en su *Estatuto de Roma*. La costumbre en cuestión se recogió, ya de antiguo, en la conocida *cláusula Martens*, que forma parte del Derecho de los Conflictos Armados desde que apareciera, por primera vez, en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Tiene el siguiente tenor:

*...Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.*⁸

La cláusula se basa en una declaración del diplomático von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899⁹. Martens añadió la declaración después que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre el estatuto de los civiles que portan armas contra una fuerza ocupante. La opinión más extendida entre las grandes potencias pugnaba por considerar estas personas como *francotiradores*, por lo que, en el caso de combatir a las citadas fuerzas ocupantes, podían ser condenados a muerte. Los Estados más débiles sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos, ya que contaban con ejércitos menos preparadas que las fuertes y entendían que, en caso de invasión, podrían defenderse mediante este tipo de acciones. La guerrilla siempre ha sido la forma de luchar de los países pobres y ocupados, desde la invasión napoleónica de España¹⁰. Aunque, en un principio, fue redactada para resolver este problema, se interpretaría según distintas versiones similares en tratados

-<http://www.historyplace.com/worldwar2/timeline/nurem.htm>.

-<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/01-15-46.htm>

-<http://www.kearsarge.k12.nh.us/krms/projects/Holocaust/Nuremburg/Nuremberg>.

-<http://holocaust.about.com/education/holocaust/msub68.htm?once=true&..>

5.-RÖLING, Bert V.A., *Tokyo Trial*, en BERNHART, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, op. cit., p. 242. Para mayor información sobre el proceso de Tokio, cf

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfem.htm>. Para mejor conocimiento de este tribunal, véase su norma constitutiva, la *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, y un resumen de sus procesos, documentación y sentencias, cf. <http://www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html>.

6.-Su estatuto, en <http://www.un.org/icty/basic/statut/statute.htm>.

7.-Su estatuto, en <http://www.un.org/icttr/statute.html>.

8.-VERRI, Pietro, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, voz *Martens*; op. cit.

9.-PUSTOGAROV, V., "Fiódor Fiódorovich Martens (1845-1909): humanista de los tiempos modernos", *RICR*, n° 135, (mayo-junio de 1996), p. 324 y sis.

10.-KALSHOVEN, F., *Constraints on the waging of war*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987, p. 14.

posteriores¹¹. Ello fue posible porque la filosofía dominante del Derecho Internacional es positivista, las relaciones internacionales se regulan mediante una combinación de Derecho convencional y de costumbres. Por lo que al Derecho de los Conflictos Armados se refiere, ello tiene repercusiones importantes. Los Estados militarmente poderosos pueden controlar su contenido y alcance al negar la ratificación de tratados o consintiendo el desarrollo de las correspondientes costumbres. Los Estados más débiles se ven ante la imposibilidad de prohibir cierto tipo de tecnología que poseen los Estados militarmente poderosos y que pone en peligro su existencia. Pueden promover Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que desapruében ciertos comportamientos bélicos, que a su vez no son más que meras declaraciones sin contenido ni ejecución posible sin el consenso de los Cinco Grandes.

La cláusula Martens sirve de vínculo entre las normas positivas y el Derecho Natural, de ahí que uno de los motivos de su abandono, en la arena internacional, fue precisamente el ejercicio del poder, sin ningún contrapeso, por las Grandes Potencias, con el correlativo abandono del límite impuesto en las tareas de gobierno por un Derecho Natural que se consideraba en crisis. No obstante, en la cláusula se prevé un medio para definir los principios de Derecho Natural aplicables al caso y soslayar todas las controversias que dudaban de su existencia y contenido: *los dictados de la conciencia pública*. Esto enriquece, en gran medida, el Derecho de los Conflictos Armados y permite que todos los Estados participen en su desarrollo, aun contando con la oposición de los militarmente poderosos. El principio general con el que Martens crearía su cláusula se había positivizado ya en el *Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo* de 1868 y se formuló en 1899 en el *Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio de La Haya*¹². El tratado más relevante del Derecho Humanitario contemporáneo en el que se ha recogido es el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. La protección que proporciona se relaciona directamente con otro principio general internacional: la prohibición de los *males innecesarios o superfluos*. Ya hemos visto cómo este principio general universalmente aceptado se podría enunciar de la siguiente forma:

Ningún sistema de armas debe producir tales lesiones que sobrepasen los objetivos militares del combatiente que lo emplea y que haga inevitable la muerte de los enemigos o civiles implicados en el conflicto de que se trate.

11.-Preámbulo, (IV) Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra (CG I: art. 63; CG II: art. 62; CG III: art. 142; CG IV: art. 158); Protocolo Adicional I de 1977, art. 1(2); y Protocolo Adicional II de 1977, Preámbulo.

12.-En la versión española de este Reglamento, así como en la versión revisada de 1907, la expresión *maux superflus* se tradujo por *males superfluos*. Desde 1977, se han adoptado los términos *males superfluos*, y *sufrimientos o males innecesarios*, por ser una traducción más apropiada.

De su unión con la cláusula Martens se derivaría una nueva definición:

Ningún sistema de armas debe producir tales lesiones que sobrepasen los objetivos militares del combatiente que lo emplea y que haga inevitable la muerte de los enemigos o civiles implicados en el conflicto de que se trate, por ser todo ello contrario a los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

El problema que plantea esta cláusula es que no existe acuerdo sobre su interpretación, a pesar de definirse en relación con las *exigencias de la conciencia pública*. Por ello, es objeto de diversas integraciones, tanto estrictas como amplias. Según la más restrictiva, la costumbre sigue siendo aplicable tras la aprobación de una norma convencional, ya que contiene un principio general permanente e inderogable¹³. Una interpretación más amplia sostiene que, habida cuenta que son pocos los tratados internacionales que regulan el comportamiento de los combatientes, mediante esta cláusula se estipula que todo aquel comportamiento bélico que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido ipso facto¹⁴. La interpretación más amplia de todas mantiene que la conducta en los conflictos armados no sólo se juzga sobre la base de tratados y de la costumbre, sino también de los principios generales del Derecho Internacional a los que se refiere la cláusula. Este principio general, unido ciertamente con otras consideraciones técnico-militares y estratégicas, ha propiciado la aparición de regímenes particulares, reguladores de sistemas de armas concretos, tales como las químicas, las bacteriológicas, las atómicas, o las armas láser cegadoras, a parte del régimen de las minas antipersonales (minas AP), y que nos revelan cómo se han entendido estos principios y se han normativizado. La positivación responde a una inquietud que viene de lejos. Si hacemos un poco de historia, veremos que dos de los tres temas de la Conferencia de 1899 fueron las *leyes de la guerra* y el *control de armas o desarme*. Sin duda, la búsqueda del alivio del sufrimiento fue uno de los motores principales de esta iniciativa de 1899, y de la II Conferencia Internacional de la Paz de La Haya de 1907¹⁵. En 1899, el zar Nicolás II se mostró preocupado por los progresos tecnológicos de una forma que quizás hoy parecería ingenua, dado el progreso armamentístico, y consideró que una conferencia internacional

13.-GREENWOOD, G., *Historical development and legal basis*, en FLECK, Dieter *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*, Oxford/Nueva York: Oxford University Press, 1995, p. 28.

14.-SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B., *Comentarios a los Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Buenos Aires: Escuela de Comando, 1989; y SINGH, N., y McWHINNEY, *Nuclear weapons and contemporary international law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989, ps. 46 y 47.

15.-BLIX, Hans, *Development of international law relating to disarmament and arms control since the first international peace conference of 1899*, informe preliminar preparado para el centenario de la Primera Conferencia de la Paz, en 1999, de acuerdo con la Resolución 52/154 del 15 de diciembre de 1997, de la Asamblea General de Naciones Unidas y del documento de la Naciones Unidas A/C.6/52/3 (1999), párrafos 9-21, en <http://www.un.org>.; y también EYFFINGER, Arthur, *The International Court of Justice 1946-1996*, 1996, ps. 40-44.

era una manera de promover una limitación general de los armamentos, que dada su constante evolución técnica, tendían a producir cada vez mayor número de víctimas. Las razones que motivaron esta iniciativa fueron tanto de seguridad estratégica como de índole humanitaria¹⁶. El zar propuso que la *Conferencia Internacional de Paz* se centrara en los armamentos y en las leyes de la guerra, con el fin de conseguir la prohibición de las armas que agravasen inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o que hicieran su muerte inevitable, como se lee en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo¹⁷. Los Estados participantes en la Conferencia se negaron a establecer una *limitación general de armamentos*, pero aceptaron varios instrumentos específicos que prohibían el empleo de *proyectiles para la difusión de gases asfixiantes o deletéreos* y el de balas que *se expanden* o balas *dum-dum*¹⁸, por ejemplo.

En la Segunda Guerra Mundial, con los nuevos avances tecnológicos en armamento, la comunidad internacional presenció cómo la *ratio* entre bajas civiles y bajas militares se desequilibraba con un aumento espectacular en las civiles. Para compensar esta realidad, se desarrolló el denominado *principio de distinción*, que prohíbe el empleo indiscriminado y el despliegue y/o uso de armas que no puedan distinguir entre objetivos civiles y militares, como una última manifestación de la cláusula Martens. Desgraciadamente, cualquier análisis objetivo de los últimos cien años concluye que ha sido fracaso espectacular. Todas las leyes de la guerra adolecen de una debilidad común: las reglas de conducta estipuladas en tiempo de paz para los beligerantes pueden no resistir la presión de la conveniencia militar generada en el transcurso de las hostilidades y, a veces, los intentos de humanizar la guerra resultan inútiles. El peligro recurrir a las armas prohibidas no desaparece mientras permanezcan en los arsenales de los Estados. De ahí la relación intrínseca entre el desarrollo de las leyes humanitarias para la guerra y el progreso del desarme¹⁹. Si el *principio de distinción* y la *prohibición del empleo de armas que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios* hubieran sido respetados por todos los beligerantes a lo largo de la historia, los tratados de desarme y de control de armamentos serían *menos* necesarios. Llegados a este punto, es preciso realizar una serie de precisiones terminológicas. *Desarme* es el término tradicional para referirse a la eliminación, limitación o reducción (mediante

16.-Ibid.

17.-*Declaration renouncing the use, in time of war, of explosive projectiles under 400 grammes weight*, 29 November/11 December 1868, SCHINDLER/TOMAN, *The laws of armed conflicts*, Dordrecht/Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers/Henry Dunant Institute, 1988, p. 101. Este documento se conoce como la *Declaración de San Petersburgo* de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra.

18.-*Declaration concerning asphixiating gases (Hague Declaration II)*, 29- July -1899, en SCHINDLER/TOMAN, *The laws of armed conflicts*, op. cit., p. 105 (*Declaración relativa a los gases asfixiantes*); *Declaration concerning expanding bullets, (Hague Declaration III)*, 29-July-1899, ibid., p. 109 (*Declaración de prohibición del empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano*). En marzo 24 de 1999 había 32 Estados partes en ella.

19.-GOLDBLAT, Jozef, *Agreements for arms control: a critical survey*, Estocolomo: SIPRI, 1982, p. 89.

negociación de un acuerdo internacional) de los medios utilizados por las naciones para hacer la guerra. El término *control de armamentos* fue acuñado en el decenio de 1950 para designar todo acuerdo internacional suscrito para limitar la carrera armamentista, en particular la relativa a las armas nucleares entre Estados Unidos y la Unión Soviética, tras comprender que no se lograría fácilmente un desarme general y completo. El significado que originalmente se le quería dar era el de conjunto de reglas convenidas internacionalmente más para limitar la carrera armamentista que para acabar con ella. Tenía una connotación diferente a la de reducción o eliminación de armamentos, es decir, el desarme.²⁰ De hecho, el término no gozaba de aceptación entre varios partidarios del desarme²¹. No obstante, posteriormente, su significado se ha ampliado notablemente²¹ y en la actualidad se refiere a acuerdos internacionales encaminados a cualquiera de los siguientes fines:

- Congelar, limitar o abolir categorías específicas de armas;
- Evitar ciertas actividades militares;
- Regular el despliegue de fuerzas;
- Proscribir la transferencia de artículos de importancia militar;
- Reducir el riesgo de guerra accidental;
- Constreñir o prohibir el empleo de ciertas armas en la guerra;
- Suscitar la confianza entre los Estados mediante una mayor apertura en el ámbito militar y, con ello, crear un clima internacional conducente al desarme.

Utilizaremos el término control de armamentos en su sentido amplio, de aquí en adelante. Señalaremos que, en esta definición, se incluye la prohibición completa de la posesión de una categoría de armas, con lo cual el desarme se ha convertido en un *subconjunto* del control de armamentos. Asimismo, varios acuerdos internacionales, como por ejemplo, el Protocolo de Ginebra de 1925²², que originalmente eran considerados como acuerdos internacionales de Derecho Humanitario, caen también dentro de su ámbito. En cuanto a su finalidad básica, el control de armamentos cumple cuatro funciones²³:

- Reducir la probabilidad de la guerra, especialmente tratando de imponer límites a la evolución y proliferación de armas que pueden desestabilizar relaciones estratégicas y, de esta manera, crear incentivos para prevenir ataques;
- Reducir los sufrimientos y los daños en caso de guerra;
- Reducir el gasto en armamentos y ahorrar recursos; y

20.-MYRDAL, Alva, *The game of disarmament*, Londres: CUP, 1977.

21.-GOLDBLAT, Jozef, *Agreements for arms control...*, op. cit., p. XV.

22.-*Protocol for the prohibition of the use in war of asphyxiating, poisonous, or other gases and of bacteriological methods of warfare (Geneva Protocol)*, de 17 de junio de 1925, en SCHINDLER/TOMAN, *The laws of armed conflicts...*, op. cit., p. 115 (*Protocolo de Ginebra sobre la producción del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*).

23.-FREI, Daniel, "El Derecho Internacional Humanitario y el control de armamentos", *RICR*, n° 90 (noviembre-diciembre de 1988), p. 519.

-Contribuir a la gestión de los conflictos proporcionando un marco para la negociación entre los bandos opuestos, reduciendo la desconfianza entre ellos y contribuyendo a una atmósfera que conduzca a la relajación de las tensiones.

El control de armamentos y el desarme tradicional se han concentrado, en su mayor parte, en la contención de la amenaza resultante de las armas nucleares, químicas y biológicas. No obstante, dentro de la definición amplia a la que aludimos arriba, incluye la Convención de 1980 *sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*²⁴, que cubre varios sistemas de armas convencionales específicas, así como la Convención de 1997 *sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción*²⁵.

II.-LA INTEGRACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA MARTENS Y DEL CONCEPTO PROHIBICIÓN DE LOS MALES SUPERFLUOS Y LOS DAÑOS INNECESARIOS

En mayo de 1992, varias ONGs²⁶ emprendieron en Ginebra una campaña internacional denominada *World Court Project*, cuyo fin era conseguir la prohibición total del arma atómica, en todas sus manifestaciones. Sus impulsores iniciales eran la *Oficina Internacional de la Paz* de Ginebra, la *Asociación Internacional de Médicos por la Prevención de la Guerra Nuclear*, así como la *Asociación Internacional de Juristas contra las Armas Nucleares*, fundada a finales de la década de los ochenta. Posteriormente se sumaron otras diez ONGs, entre ellas *Greenpeace International*. Lo que al principio no parecía más que un proyecto utópico pacifista se convirtió, al poco tiempo, en un movimiento a escala mundial, con numerosos miembros activos, gubernamentales y no gubernamentales. Así se demostró una vez más la eficacia movilizadora, incluso fuera del

24.-*Convention on prohibitions or restrictions on the use of certain conventional weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects and protocols I-III (1980 Certain Conventional Weapons Convention)*, del 10 de octubre de 1980; 1342 UNTS (United Nations Treaty Series) 137; 19 ILM 1523 (*Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados -Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales y Protocolos I-III*) En marzo 24 de 1999, 73 Estados eran partes en ella.

25.-*Convention on the prohibition of the use, stockpiling, production and transfer of anti-personnel mines and on their destruction (Ottawa treaty)*, de 18 de septiembre de 1997, 36 ILM 1507; en español, *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción*, conocido como *Tratado de Ottawa* o *Convención Lady Diana*, por haber sido su principal propagandista Diana Spencer (*Lady Di*).

26.-Cf. MOHR, M., "Das World Court Project: vom Erfolg einer NGO-Kampagne", *Humanitäres Völkerrecht. Informationsschriften*, tomo 8, 1995, ps. 146 y ss.; del mismo autor, *Lawyers and the Nuclear Debate*: Ottawa: GPU, 1988, ps. 85 y sis.

ámbito de los derechos humanos, de las ONGs en la *sociedad civil*, que se desvelaba como sujeto, como titular, a la postre, de *las exigencias de la conciencia pública* mencionadas por Martens en su cláusula. Esta iniciativa planteaba la necesidad de declarar ilegales las armas nucleares, pero sus consecuencias fueron mucho más amplias.

El 14 de mayo de 1993, la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud, que se hizo eco de la campaña internacional de las ONGs, planteó la siguiente cuestión a la opinión pública internacional:

*Habida cuenta de sus efectos en la salud y el medio ambiente ¿constituiría el empleo de armas nucleares por un Estado en una guerra u otro conflicto armado una violación de las obligaciones que le impone el Derecho Internacional, inclusive la Constitución de la OMS?*²⁷.

Recordemos cómo quedaría hoy redactada la cláusula Martens, según hemos indicado más arriba:

Ningún sistema de armas debe producir tales lesiones que sobrepasen los objetivos militares del combatiente que lo emplea y que haga inevitable la muerte de los enemigos o civiles implicados en el conflicto de que se trate, por ser todo ello contrario a los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Así pues, la cuestión se relacionaba directamente con la cláusula. Un año más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre la cuestión:

*¿Autoriza el Derecho Internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?*²⁸

En la *Opinión* que emitió el Alto Tribunal se realizó un análisis de todas las implicaciones que se derivan del empleo del arma atómica. Suponen una interpretación mucho más amplia que la derivada del examen de una sistema de armas concreto y superan este margen para referirse al Derecho Internacional en general, al valor de la costumbre y de sus principios generales, respecto a dos aspectos fundamentales: la doctrina de los males superfluos e innecesarios, en relación con el derecho a la salud y el medio ambiente, y la inderogabilidad de ciertas normas internacionales, con independencia de su carácter convencional o consuetudinario²⁹.

27.-Resolución WHA 46.40 del 4 de mayo de 1993.

28.-A/Res. 49/75K, del 15 de diciembre de 1994.

29.-Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion* 8

En las declaraciones verbales y escritas presentadas a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y en la propia *Opinión* resultante, se hace, a menudo, referencia a la cláusula de Martens y a sus interpretaciones posibles. La *Opinión* en sí no propicia una comprensión directa de la cláusula, no obstante, los argumentos presentados por los Estados y algunos de los dictámenes disidentes dan pie para una percepción muy interesante de su significado. Así, por ejemplo, en su presentación, la Federación de Rusia arguyó que, al haberse redactado durante los años 1949 y 1977 un código completo de *leyes de guerra*³⁰ (denominación, sin duda, poco afortunada) la cláusula resultaba redundante. No se negaba su importancia, si no la pertinencia de traerla a colación en la actualidad, ya que se reproducía positivamente tanto en los Convenios de Ginebra de 1949, como en sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Recuérdese que la Federación Rusa es una de las principales potencias atómicas del mundo. Esta postura no ha sido admitida sin discusión, cabe señalar que la interpretación auténtica de los Protocolos no sigue esta línea, sino que admite sin ambages la preeminencia de la cláusula y su pervivencia, de tal manera que no se debe considerar superada por la compilación del Derecho Humanitario. La Conferencia Diplomática de 1977, que dio paso a la redacción del Protocolo Adicional I, puso de manifiesto la importancia que la cláusula sigue teniendo, al desplazarla del preámbulo, donde aparece por primera vez, en el proyecto de 1973, para convertirla en una importante disposición del Protocolo. Sin lugar a dudas...

*...la cláusula de Martens no es una aberración histórica. Muchos convenios modernos sobre las leyes de la guerra garantizan su continua validez.*³¹

El Reino Unido subrayó que la cláusula demostraba que la falta de un tratado por el que se prohibiera específicamente el empleo un sistema de armas concreto (el arma nuclear, en este caso) no significa que su empleo fuera lícito. Es decir, lo que no estaba prohibido expresamente tampoco estaba permitido de forma automática. Sin embargo, afirmaba que en sí, la cláusula no establece la ilegalidad del arma atómica:

*...a falta de una norma prohibitiva aplicable a un determinado Estado, se habrá de permitir la conducta del Estado en cuestión. Es evidente que el Reino Unido optaba por una interpretación estricta.*³²

En la *Opinión*, la CIJ sólo se refiere a la cláusula de Martens cuando señala que *ha demostrado ser un medio eficaz de hacer frente a la rápida evolución de la tecnología*

July 1996 (en adelante, la *Opinión*); en Internet, <http://www.un.org>. Al respecto, cf. TICEHURST, R., "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons", *War Studies Journal*, 1996 (autum), p. 107 y sis.

30.-Federación de Rusia, declaración escrita sobre la Opinión solicitada por la Asamblea General, *Ibid.*, p. 13.

31.-*Ibid.*, p. 46.

32.-*Ibid.*, p. 21.

*militar*³³. Esta afirmación ofrece pocas indicaciones acerca de cómo se ha de interpretar en la práctica, aunque algunos de los dictámenes disidentes sean más reveladores. El juez Koroma cuestionaba, en el suyo, toda búsqueda de prohibiciones específicas del empleo de ciertas armas, en tanto su contenido se refería a unos principios inderogables:

*...la búsqueda vana de una prohibición jurídica sólo es imputable a una forma extrema de positivismo.*³⁴

Por su parte, el juez Shahabuddeen analizó e interpretó en un sentido parecido la cláusula en su dictamen. Gran Bretaña destacó que era...

*...difícil saber qué norma de conducta del Estado propugna, si lo único que hace es recordar a los Estados las normas de conducta que existen al margen de la Cláusula.*³⁵

El juez Shahabuddeen destacaba que la cláusula no es una mero recordatorio de la existencia de costumbres internacionales, sino que tenía un estatuto normativo por *derecho propio* y, por lo tanto, debía aplicarse independientemente de cualquier otra norma. Para apoyar esta opinión, el juez se refirió a la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, en la que el delegado de Bélgica formuló objeciones en cuanto a la inclusión de algunos proyectos de disposiciones en el Convenio definitivo. Sin embargo, una vez que la Conferencia hubo aprobado la declaración de Martens, el delegado pudo votar a favor de las controvertidas disposiciones, cosa que no hizo. Ello le permitía concluir que este cambio de postura se explica porque ese delegado opinaba (al igual que otros delegados) que la cláusula Martens ofrecía las garantías que las disposiciones no podían ofrecer, y que, en consecuencia, tenía un claro carácter normativo.

El juez Shahabuddeen señalaba que los principios del Derecho Internacional a los que se hace referencia en la cláusula dimanaban de los siguientes elementos, recogidos en el Protocolo Adicional I:

- Las costumbres establecidas entre las naciones civilizadas, denominadas *usos establecidos*.
- Las leyes de la humanidad, denominadas *principios de humanidad*.
- Las exigencias de la conciencia pública, denominadas *dictados de la conciencia pública*.

Parece, pues, que la cláusula permite ir más allá del Derecho convencional y de la

33.-Ibíd., *Opinión*, párr. 78.

34.-Ibíd., Dictamen disidente del juez Koroma, p. 14.

35.-Ibíd., Dictamen disidente del juez Shahabuddeen, p. 21.

costumbre, para invocar unos *usos, principios de humanidad y dictados de la conciencia pública*, superiores en sí mismos a toda norma escrita, inmanentes y metajurídicos, que en el vértice de una pirámide normativa, en imagen kelseniana, informaban todo el Derecho Internacional en este aspecto, con independencia de haber sido o no positivizados. Esta interpretación cuenta con el apoyo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que declara lo siguiente al respecto:

...[la cláusula de Martens] *estipula que, incluso en los casos no contemplados por acuerdos internacionales específicos, las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho Internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública.*³⁶

La cláusula es una institución de importancia, ya que por la referencia que hace a la costumbre, subraya la importancia de las normas consuetudinarias para la regulación de los conflictos armados. Sin embargo es preciso tener en cuenta que al mencionar *los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública* no aborda una definición de estos conceptos. Estimamos que los *principios de humanidad* significan lo mismo que las *leyes de la humanidad*. En la primera versión de la cláusula de Martens (Preámbulo, II Convenio de La Haya de 1899) se mencionaban las *leyes de la humanidad*; pero para la última versión (Protocolo Adicional I) se emplea *principios de humanidad*. Lo que sí está claro es que estos principios prohíben los medios y métodos de hacer la guerra que no sean necesarios para obtener una ventaja militar definitiva³⁷. PICTET interpreta el concepto de *humanidad* de la siguiente forma:

...*la humanidad exige que se prefiera la captura a la herida, la herida a la muerte, que, en la medida de lo posible, no se ataque a los no combatientes, que se hiera de la manera menos grave, a fin de que el herido pueda ser operado y después curado, y de la manera menos dolorosa, y que la cautividad resulte tan soportable como sea posible.*³⁸

Podemos intentar definir este concepto de acuerdo con las normas internacionales penales, pero el resultado tampoco es plenamente satisfactorio. Las *leyes de humanidad* se encuentran protegidas por los delitos contra la humanidad, como por ejemplo la propiedad, por los delitos correlativos. Sin embargo y desde esta perspectiva, las *leyes de humanidad* no cuentan con una base convencional clara que defina su contenido. El Estatuto del

36.-"Informe de la ONU del Comité de Derecho Internacional sobre sus trabajos durante su cuadragésimo sexto período de sesiones", 2 de mayo-22 de julio de 1994, GAOR A/49/10, p. 317.

37.-KWAKWA, E., *The International law of armed conflict: personal and material fields of application*, Dordrecht: Kluwer Academic, 1992, p. 36.

38.-PICTET, J., *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986, p. 74.

Tribunal de Nuremberg estableció una primera aproximación mediante una enumeración de comportamientos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y cualquier otro *acto inhumano*. Desde entonces se ha considerado inhumano el uso de sistemas de armas prohibidas, aunque este comportamiento se castigue no por los delitos contra la humanidad sino por los delitos contra las leyes de la guerra. ¿Son una misma cosa o al menos poseen bienes jurídicos a proteger concurrentes? Parece ser así, según la *Opinión*, con lo cual la confusión aumenta. ¿Podemos aplicar la enumeración de Nuremberg al uso de un sistema de armas en concreto? No, porque corresponde a la aplicación de un tipo penal distinto, aunque sin duda sirva como herramienta de interpretación sistemática. Si así lo hiciéramos, parece que, en principio, sólo podríamos fijarnos en el concepto *acto inhumano*, pero también es cierto que todo acto bélico en principio lo es, de forma matizada. De ahí el valor de la interpretación de PICTET ya señalada. La *humanidad* consistiría en no usar cualquier método de combate y, una vez puesto fuera del mismo al enemigo, procurar satisfacer sus necesidades.

Una cosa parece clara: el uso de sistemas de armas productores de males innecesarios, como ha demostrado la historia (gases, armas biológicas, balas explosivas, minas) entraña una sistematicidad y una generalidad de uso, al menos en un campo de batalla o teatro de operaciones concreto. Los atentados contra la humanidad comprenden las violaciones masivas de los derechos humanos, los atentados contra bienes jurídicos individualizados, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de *facto*. Los daños innecesarios se incluirían en este tipo de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, pero el hecho mismo de entablar combate con el enemigo también, ya que se está atentado sistemáticamente contra su vida, su integridad física y su salud (derechos humanos fundamentales, a la postre), de ahí que esta línea de investigación no sea satisfactoria. Entraremos, además, en una dinámica cerrada en sí misma ya que cuando se pregunta en qué consisten los daños innecesarios, se dice que son aquellos que no admite la conciencia pública o las leyes de humanidad, y al preguntar cuándo no pueden ser admitidos, se responde que cuando producen tales efectos.

Una vía interpretativa más útil, en principio, es la que relaciona los *principios de humanidad* con la *doctrina de la necesidad militar*, según la cual no se debe emplear más fuerza de la estrictamente necesaria para lograr los objetivos militares propiamente dichos³⁹. La doctrina está consolidada en tratados, como el Reglamento de La Haya de 1907, que fue expresamente reconocido, el año 1946, como declarante de la costumbre por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Por lo que atañe a *los dictados de la conciencia pública*, se declaró ante la CIJ que,

39.-KWAKWA, V. E., op. cit., ps. 34 a 38.

en su intento por determinar el alcance del Derecho Humanitario, la cláusula Martens autorizaba que la Corte tuviera en cuenta las decisiones jurídicas *basadas en o tomadas en nombre de los dictados de la conciencia pública*. Se refería esta propuesta a la...

*...multitud de proyectos de ley, declaraciones, resoluciones y otras comunicaciones hechas por personas e instituciones altamente cualificadas para evaluar las leyes de la guerra, a pesar de no tener filiaciones gubernamentales.*⁴⁰

Se citaban, por ejemplo, la *Declaración de La Haya de 1989 sobre la ilegalidad de las Armas Nucleares* por la *Asociación Internacional de Juristas contra las Armas Nucleares* Así, se ha afirmado que...

*...el empleo y la amenaza de emplear armas nucleares constituyen un crimen de guerra, a la par que un crimen contra la humanidad, así como una grave violación de otras normas del derecho consuetudinario internacional y del derecho convencional.*⁴¹

La Opinión destaca, como hemos apuntado, cómo los delitos contra la humanidad y los delitos contra las leyes de la guerra pueden superponerse en cuanto a sus respectivos bienes jurídicos protegidos.

El juez Shahabuddeen relaciona *los dictados de la conciencia pública* con las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas por las que se condena el empleo de determinadas armas, como por ejemplo, la 38/75 (15 de diciembre de 1983), en la que se...

...condena resuelta e incondicionalmente, y en todas las circunstancias, la guerra nuclear por ser contraria a la conciencia y a la razón humanas.

Ni ésta ni otras Resoluciones fueron aprobadas por unanimidad y, por lo tanto, es cuestionable que reflejen claramente la existencia de una *opinio iuris*, de una conciencia colectiva que repudiara el uso de determinadas armas, en suma, de unos *dictados de la conciencia pública* generalmente aceptados. Podrían ser, a lo sumo, un principio de *opinio iuris*, o elemento espiritual de una costumbre, según la Teoría General del Derecho⁴²,

40.-Opinión, op. cit., p. 68.

41.-Ibíd., p. 68.

42.-McBRIDE, Sean, *The legality of weapons of social destruction*, en SWINARSKI, C. *Studies and essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984, p. 406: *En muchas resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas se condenan rotundamente, sea de forma directa sea por inferencia, el empleo, las reservas, el despliegue, la proliferación y la fabricación de armas nucleares. Si bien es posible que dichas resoluciones no tengan un efecto vinculante oficial en sí, ciertamente representan "los dictados de la conciencia pública" en el siglo XX, y forman parte del ámbito de la prohibición de la cláusula de Martens.*

todavía en período de formación, ya que de haberse formado y consolidado, estas Resoluciones se habrían aprobado por unanimidad. El juez Shahabuddeen concluía con la siguiente opinión: la conciencia pública, según Naciones Unidas, podría considerarse opuesta al empleo de las armas nucleares, por ser inaceptable en todas las circunstancias. Se apoyaba esta postura en las *Declaraciones Escritas* de los Estados, como por ejemplo la de Australia, que manifestó al respecto lo siguiente:

*...la cuestión no estriba en si la amenaza o el empleo de armas nucleares es consecuente con cualquiera de esos instrumentos, sino si la amenaza o el empleo de armas nucleares es en sí inconsecuente con los principios generales de humanidad. Todos esos instrumentos (...) demuestran claramente que las armas que, potencialmente, tienen tales efectos desastrosos para el medio ambiente y para las personas y los objetivos civiles, han dejado de ser compatibles con los dictados de la conciencia pública.*⁴³

Asimismo, Japón, como víctima del único ataque nuclear de la historia, declaraba que...

...debido a su gran poder de destruir, de causar la muerte y heridas a los seres humanos, el empleo de armas nucleares es claramente contrario al espíritu de humanidad que confiere al derecho internacional su fundamento filosófico.

Si el uso de un sistema de armas es considerado contrario a los dictados de la conciencia pública cuando se pueda demostrar que tanto Estados concretos como movimientos civiles se oponen al mismo y, por tanto, representan el nacimiento de un principio de *opinio iuris*, sin duda concurren estos elementos en el caso que nos ocupa: proceso de concienciación pública y activismo jurídico y político de multitud de ONGs, Estados y de las propias Naciones Unidas, para alcanzar su prohibición, etc.

Esta interpretación no ha sido aceptada sin controversia. Así, GREENWOOD afirma que esta interpretación carece de sentido práctico, ya que la *conciencia pública* es un concepto demasiado vago como para servir de base a una norma jurídica independiente⁴⁴. La postura defendida por los Estados en sus declaraciones ante la CIJ sobre la cuestión de las armas nucleares, así como los dictámenes disidentes dados por los jueces como respuesta, reflejan un conflicto ya clásico: la división, pugna o unión del Derecho Internacional, el Natural, el convencional y el consuetudinario. Los Estados partidarios de la legalidad del empleo de armas nucleares sostienen que, a falta de una norma positiva prohibitiva de Derecho Internacional, convencional o consuetudinaria, las armas nucleares siguen siendo lícitas, *ergo*, a falta de una prohibición concreta respecto un sistemas de armas también concreto, su uso sería lícito, con independencia de la cláusula Martens. Esta

43.-*Opinión*, op. cit., Australia, declaración verbal, p. 57.

44.-*Opinión*, op. cit., p. 28.

postura se origina en los años finales del siglo XIX, momento en el que predominaban en el pensamiento jurídico internacional los conceptos de positivismo jurídico y de soberanía estatal, lo que dio lugar a una extensa codificación de las leyes de la guerra: el primer ámbito del Derecho Internacional en ser codificado. El Derecho Internacional positivo está determinado por la voluntad contractual del Estado, sea mediante su aprobación de disposiciones convencionales, sea mediante la práctica del Estado, que promueve o impide el desarrollo de una norma consuetudinaria⁴⁵. Según esta interpretación positivista, los Estados, que no aceptan obligarse por normas convencionales ni permiten el desarrollo de normas consuetudinarias, permanecen al margen del régimen gobernado por ellas, ya que someterse a una norma positiva depende de su voluntad. Por ello, el Internacional se tenía, esencialmente, por un *Derecho consensual*. En ausencia de esa voluntad, el Estado no estaba obligado por esa norma y, por lo tanto, no era responsable ante la comunidad internacional de su inobservancia. Así, según BROWNLIE, los Estados podrían optar por no tomar parte en el desarrollo de una costumbre:

*...un Estado puede optar por abandonar una costumbre en vías de formación. La prueba de la objeción ha de ser clara, de lo contrario, seguramente, se presumirá la aceptación, que habrá de ser rechazada. Sean cuales fueren las bases del principio, está muy aceptado por los tribunales internacionales y en la práctica de los Estados.*⁴⁶

Además de no contribuir al desarrollo de costumbre, la oposición de los Estados más afectados por el desarrollo de una práctica pueden evitar que una norma de *lege ferenda* cristalice en una norma de *lege data*. En consecuencia, la práctica de los *Estados militarmente poderosos* tendría gran importancia para el desarrollo de una costumbre por la que se regulen o se prohíban ciertas armas. En la declaración hecha ante la CIJ acerca del estatuto jurídico de las armas nucleares, los Estados Unidos de América indicaban que...

*...con respecto al empleo de armas nucleares, no se pueden establecer costumbres en contra de las objeciones de los Estados nucleares cuyos intereses se vean muy afectados.*⁴⁷

Así pues, según esta postura, el Derecho positivo puede depender de la voluntad de los Estados más afectados por el desarrollo de la norma. En relación con el Derecho de los Conflictos Armados, esto significaría que los Estados que poseen armas de las que los demás países quisieran deshacerse, podrían evitar el desarrollo de una prohibición de dichas armas. Significaría, asimismo, que las fuerzas militares más poderosas ejercerían la mayor

45.-AGO, R. *Positive Law and International Law*, en *American Journal of International Law*, vol. 51, 1957, p. 693.

46.-BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 10.

47.-Opinión, op. cit., p. 42.

influencia en el desarrollo del Derecho de los Conflictos Armados. Lógicamente, esta postura parece, a priori, absolutamente contraria al moderno Derecho Humanitario, que considera sus principios no sometidos en absoluto a su derogabilidad singular, según las *necesidades particulares* de cada Estado, sus objetivos estratégicos o sus estructuras militares.

Por oposición al Derecho positivo, el Derecho Natural (manifestado a través de la *conciencia pública*) sería universal, vinculante para todas las personas y todos los Estados. Por lo tanto, sería un Derecho no consensual, basado en la noción de *predominio del bien y de la justicia*, aunque entremos en un campo de indefiniciones, ya que tampoco hay consenso sobre el contenido de ambos términos. El Derecho Natural se ha visto relegado, en gran medida, por el auge de las interpretaciones positivistas del Derecho Internacional. Según SCHACHTER...

*...los juristas internacionales, al igual que otras personas, han comprendido que los Estados que hacían y aplicaban el Derecho no se guiaban por la moralidad o por una razón natural; actuaban movidos por el poder y el interés. De ello se desprende que el Derecho sólo puede consolidarse siguiendo los métodos existentes a los que recurren los Estados para hacer efectiva su voluntad política.*⁴⁸

Sin embargo, toda la dogmática de los derechos humanos y su fuerte impresión en la conciencia de la comunidad internacional; el nacimiento y desarrollo del Derecho Penal Internacional, tras las sentencias de los Tribunales de Nuremberg, de Tokio, Yugoslavia y Ruanda y el *caso Pinochet*, que se han basado, en gran medida, en el Derecho Natural para determinar la culpabilidad de los enjuiciados, confirma que este Derecho ha prestado un cimiento muy sólido al Derecho Internacional contemporáneo. Ya lo hizo en su origen, a través de las obras DE COVARRUBIAS, SOTO, SUÁREZ, VATTEL KANT, ROUSSEAU, etc. Los defensores de la ilicitud de las armas productoras de daños innecesarios han insistido, para justificar sus posturas, en la importancia del Derecho Natural, ya que sólo desde esta perspectiva se pueden interpretar *los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*. La cláusula Martens apoya esta postura, puesto que parte de una afirmación: el Derecho de los Conflictos Armados no sólo es un conjunto de normas positivas, sino un *código moral*, lo que garantiza que las opiniones y los comportamientos de los Estados más débiles o de miembros aislados de la comunidad internacional puedan influir en su desarrollo. Esta rama del Derecho Internacional no debería reflejar únicamente las opiniones de los Estados *militarmente poderosos*, ya que, de ser así, no defendería *la justicia y la humanidad*, sino la *barbarie del más armado*. Además, el sistema jurídico internacional se diferencia de los sistemas jurídicos estatales en que no cuenta con un órgano legislador central. El Derecho Internacional está descentralizado, porque su

48.-SCHACHTER, O., *International Law in theory and practice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991, p. 36.

desarrollo depende del consenso general de los Estados y demás sujetos y actores, sea para ratificar un tratado, sea para desarrollar costumbres. Por consiguiente, puede transcurrir mucho tiempo entre la formación de una *opinio iuris* y el desarrollo de normas jurídicas positivas que la reflejen. Asimismo, puede transcurrir cierto tiempo entre los *progresos* de la tecnología militar y el desarrollo de conciencia normativa que los controle o prohíba. Por este motivo, el Derecho positivo puede resultar ineficaz para proteger a la humanidad contra los excesos de los conflictos armados, porque la realidad es mucho más rápida que la voluntad normativa internacional. De ahí la importancia de aceptar, paralelamente al bloque normativo positivo, la existencia de una *conciencia moral* como elemento básico del Derecho de los Conflictos Armados. De ahí, también, la vigencia intemporal de la cláusula Martens.

A pesar de todas estas consideraciones, la CIJ no llegó a un acuerdo claro que prohibiera las armas nucleares.

III.-LA INTEGRACIÓN CIENTÍFICA

1.-Introducción

Hemos visto que, de acuerdo con la cláusula Martens, *las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*. Civiles y militares no deben someterse ni padecer los efectos de aquellas *armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios* (art. 35 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra). Ahora bien, ¿cuándo se producen tales daños? La cuestión de saber si los efectos de un arma pueden ser calificados como superfluos o innecesarios, por lo que respecta a la víctima, se ha limitado, hasta ahora, a la reacción emocional o al argumento filosófico, salvo en el caso atómico, aunque la *Opinión* tampoco es terminante. Nunca se ha articulado un medio objetivo para interpretar qué se entiende por tales daños; y, aunque los tratados y la doctrina han calificado algunas armas como *abominables* o *inhumanas* tampoco estos términos han sido definidos. Es más, por lo general, la historia demuestra que las prohibiciones basadas en argumentos filosóficos o religiosos han sido inútiles. Las excomuniones medievales por el uso de la ballesta contra enemigos cristianos y, más tarde, por el de las armas de fuego en iguales condiciones, sirven de ejemplo de tal inutilidad.

Ante esta indefinición, como paso previo, sería preciso determinar, comprender y medir las lesiones que causa un sistema de armas concreto, para establecer si los sufrimientos que impone son adecuados a los objetivos de la guerra, y por tanto pueden soportarse, o si por el contrario, no aportan a la lucha más que una crueldad inútil para la conducción de las hostilidades. Veamos un ejemplo. En el caso de las armas

convencionales o clásicas de fuego, se utilizan proyectiles o se recurre a explosiones; por la energía cinética que despiden, causan una herida corporal, pero no previsiblemente en una parte determinada del cuerpo. Están bien determinados los requisitos para el tratamiento de dichas heridas, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) dispone de una base de datos relativos a heridos de guerra hospitalizados, que ha analizado y relacionado estadísticamente. Los parámetros para medir dichos efectos colectivos incluyen los siguientes *items*:

- Proporción de heridas grandes
- Mortalidad.
- Proporción relativa de heridas centrales y en los miembros.
- Duración de la hospitalización.
- Número de operaciones requeridas.
- Necesidad de transfusión de sangre.
- Amplitud de la incapacidad grave y permanente de los supervivientes.

Un estudio estadístico cruzado permite establecer cuáles son los daños ordinarios, los colaterales, los previsibles, el correspondiente índice de mortandad, etc. De todo lo anterior se deduciría si producen o no tales males innecesarios. ¿Se han tenido en cuenta estas consideraciones a lo largo de la historia para analizar otros sistemas de armas? No, en parte por el estado de evolución de la ciencia médica, en parte por la carencia de datos fiables sobre los que construir una teoría.

El primer tratado internacional en que se hace referencia a la finalidad de las armas es la *Declaración de San Petersburgo* de 1968, por el que se prohíben las balas que explotan al contacto con el cuerpo humano. En esta norma no se hace ninguna referencia a estudios o investigaciones sobre el efecto de tales proyectiles, sino que se prohíben *por inhumanos*, sin más consideraciones. Tratados de contenido similar son la *Declaración de La Haya* de 1899, por la que se prohíbe el empleo de las *balas dum-dum*; el *Protocolo de Ginebra* de 1925, por el que se prohíbe el empleo de *armas químicas o biológicas*; la *Convención sobre Armas Biológicas* de 1972 y la *Convención sobre Armas Químicas* de 1993, que recogió otra norma consuetudinaria, como es la prohibición del veneno o de las armas envenenadas.. La aprobación de estos tratados no se fundamentó en un análisis objetivo de los sufrimientos causados por las armas en cuestión; estos medios de guerra fueron tachados simplemente de *abominables* o *inhumanos* a priori.

Las calificaciones vistas, *abominables* o *inhumanos*, al carecer de un correlato científico que determine, en escalas mensurables, su contenido exacto, hacen difícil su aplicación a las armas existentes y más difícil aún a las armas en desarrollo. Dados los diferentes efectos que producen los sistemas de armas, que actualmente se desarrollan, en el cuerpo humano, y dado que no causan necesariamente daños por medios físicos (transferencia de energía cinética), es esencial crear una *escala de valoración de males y sufrimientos*, para calificar los efectos de las armas en orden a su posible prohibición. No es

un trabajo sencillo: veamos un ejemplo. Ya hemos dicho que en 1899, las *balas dum-dum* que, por tener una punta de plomo al descubierto, se ensanchan al contacto con el cuerpo humano, fueron prohibidas por consideraciones morales, dadas las grandes heridas que causan. Pero la tecnología puede permitir burlar el Derecho, por ejemplo, imprimiendo mayor velocidad a las *balas lícitas*, lo que aumenta, por consiguiente, su potencial para causar también grandes heridas. Por otra parte, en el momento en que se abandona la producción industrial de la categoría concreta de arma que se prohíbe, dada la rapidez de la obsolescencia de la tecnología militar, queda abierta la posibilidad de desarrollar otras armas productoras de males innecesarios, de ahí la inutilidad de la prohibición de un arma concreta, de ahí también que sea preferible prohibirla por sus efectos, no por su naturaleza. Hoy en día es ridícula e inútil a prohibición de fabricar ballestas, porque no se usan (salvo unidades de guerrilleros, por su ausencia de ruido, dicho sea esto más como anécdota que como excepción) y son sin duda un arma arcaica, pero su prohibición de fabricación no ha impedido el desarrollo de las armas de fuego. De lo anterior se desprende que si se opta por la prohibición concreta de un sistema de armas, al poco tiempo la prohibición será inútil porque habrá aparecido otro sistema más eficaz y nos encontraremos en el punto de partida. Sin embargo, si se prohíben aquellos que causen males innecesarios, la prohibición permanecerá realmente vigente (frente a una prohibición *meramente formal*) durante más tiempo, siempre que se tipifique con la mayor exactitud lo que se entiende por tales males.

Volvamos al caso de las balas explosivas. En este siglo se han realizado muchos estudios balísticos con relación a las heridas producidas por arma de fuego, estudios que han dado pábulo a debates jurídicos sobre la estructura, forma, velocidad, etc., de los proyectiles utilizados. Si, para evaluar el daño corporal, se utilizaran como base los efectos que producen las armas pequeñas en el cuerpo humano, y que puedan medirse mediante una clasificación clínica de heridas⁴⁹ o ser simulados en laboratorio⁵⁰, el Derecho Internacional regulador de los medios y los métodos de combate, no se estancaría en especificaciones técnicas. Científicos, fabricantes, juristas, militares y cirujanos tendrían un punto de referencia común. El único éxito total al respecto lo ofrece el nuevo Protocolo de 1995, anexo a la Convención de las Naciones Unidas de 10 de octubre de 1980 sobre *Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados*, por el que se prohíbe el empleo de *armas láser* específicamente concebidas para causar ceguera⁵¹. Este tratado impone la limitación de un arma antes de que se hayan podido comprobar sus efectos en el campo de batalla. Sin embargo, se han desarrollado otras *municiones ópticas* que se podrían emplear específicamente para causar ceguera en la guerra, distintas del láser, con lo cual la

49.-SAVIC, J., CERNAK, I., JEVTIC, M., TODORIC, M. "Glucose as an adjunct triage tool to the Red Cross wound classification", *J Trauma*: 1996.

50.-KNEUBUEHL, B.P. *Small caliber weapon systems*, en *Expert meeting on certain weapon systems and on implementation mechanisms in international law*, Ginebra: ICRC, 1994.

51.-DOSWALD-BECK, L., *Armas que causan ceguera*, Ginebra: CICR, 1994; y del mismo autor, "Weapons intended to blind", *Lancet*, 1994, n° 344.

prohibición sería inútil⁵². Aunque estos ejemplos muestran que a nivel político existe un consenso en la necesidad de limitación de los métodos y los medios de hacer la guerra, la prohibición de las balas *dum-dum* y de las *armas láser cegadoras* pone de manifiesto una deficiencia del Derecho. En ambos casos lo que se ha prohibido es la *tecnología del arma* y no sus efectos *previsibles* en el ser humano, cuando debería ser cabalmente al revés. En 1899 habrían debido prohibirse las balas que causan grandes heridas y, en 1995, el hecho de causar ceguera intencionalmente, pero no un arma en concreto, ya que el progreso industrial hace que ese arma específica quede obsoleta y la prohibición, inútil. Si el objetivo del Derecho es evitar efectos adversos o excesivos en la salud, no basta prohibir el empleo de ciertos materiales o tecnologías, es preciso llegar más lejos para dar mayor vigencia a la norma.

2.-El Proyecto SIrUS

Una de las principales conclusiones a las que se llegó en el simposio *La profesión médica y los efectos de las armas*, organizado por el CICR en marzo de 1996 en Montreux (Suiza), fue que era absolutamente preciso determinar, de modo objetivo, qué armas son *abominables* y qué armas causan *males superfluos o sufrimientos innecesarios*⁵³. Sobre esta base se redactó, por un grupo de especialistas, el documento *Proyecto SIrUS, para determinar qué armas causan males superfluos o sufrimientos innecesarios*⁵⁴. El acrónimo *SIrUS* está formado con las iniciales tomadas de la siguiente expresión inglesa: *Superfluous Injury or Unnecessary Suffering* (SIrUS), y como proyecto, trata de situar, objetivamente, tales conceptos sobre análisis estadísticos⁵⁵. Para ello, identifica las lesiones causadas por armas empleadas en décadas recientes, lo cual puede ayudar a valorar su licitud en virtud del art. 36 del Protocolo Adicional I de 1977. Fue puesto en conocimiento de la opinión pública el 1 de abril de 1998 y puede considerarse la primera aproximación científica a la integración del concepto.

La idea principal del *Proyecto SIrUS* es que, a los efectos de su calificación, se debe considerar antes el efecto de un arma en el cuerpo humano que su naturaleza, tipo o tecnología.

52.-"Non Lethal Weapons: emerging requirements for security strategy", Washington DC: The Institute for Foreign Policy Analysis, 1996; LEWER, N.; y SCHOFIELD, S. *Non-lethal weapons: a fatal attraction?* Londres: Zed Books, 1997.

53.-COUPLAND, R. M., "The effects of weapons...", op. cit..

54.-COUPLAND, R. M., *Proyecto SIrUS para deteminar...*, op. cit.

55.-Una de las primeras objeciones que se pueden realizar al *Proyecto SIrUS* es, precisamente, la fiabilidad de tales datos. Se ha destacado, no obstante, que proceden de las más grandes bases existentes acerca de los heridos de guerra y, dada la claridad de algunas tendencias, nada agregaría al mensaje general someterlas a un riguroso análisis estadístico, que, además, podría incluso confundir al lector no familiarizado con estadísticas biomédicas. *Ibíd.*

Los expertos en armas, medicina, comunicaciones y juristas que participaron en el proyecto llevaron a cabo sus trabajos en tres fases. En primer lugar, recabaron datos relativos a los efectos de las armas convencionales; en segundo lugar, se basaron en ellos para examinar los efectos y, en tercer lugar, articularon cuatro criterios mediante los cuales se hace una distinción objetiva de lo que son y de lo que no son los efectos de las armas convencionales.

Además del cotejo de datos, es preciso realizar una investigación funcional sobre las aplicaciones que se dé en cada momento al arma de que se trate. Cuando se emplea un arma contra el ser humano, los factores que determinan sus efectos se relacionan tanto con su finalidad como con el modo de emplearla. El tipo de herida causada está relacionado con el primer factor. Cuántas y qué personas resultan heridas depende, en gran medida, del empleo. La parte exacta del cuerpo que resulta herida puede depender tanto de la finalidad del arma como de su empleo: se puede emplear un fusil moderno para causar heridas por bala (cada herida supone un depósito de energía de hasta 2.500 julios en el cuerpo humano) y esta capacidad para herir es el efecto previsible de la finalidad del arma; el lugar donde se cause la herida puede afectar en mayor o menor medida al herido. Cuando se emplea para disparar indiscriminadamente contra una multitud, o cuando un francotirador apunta a la cabeza de individuos concretos, entran en juego los factores relacionados con el empleo, por el cual se determina quiénes resultan heridos, la mortandad y, por ejemplo, la proporción de heridos con lesiones en los miembros. Una mina AP activada por presión directa causa, cuando es accionada por un pie, su amputación traumática de la pierna, que es un efecto previsible por su finalidad; los factores dependientes del empleo determinan, por ejemplo, el número y la categoría de personas heridas. La hemorragia retinal causada por un arma láser cegadora es, sin lugar a dudas, un efecto dependiente de la finalidad del arma. Por ello y para determinar qué es un mal innecesario, es esencial hacer la distinción entre los *efectos dependientes de la finalidad* y los *dependientes del empleo*, pues se centra exclusivamente en los efectos previsibles y no previsibles de las armas. El examen de los efectos previsibles y dependientes de la finalidad de las armas debe incluir la cuestión de saber si una en concreto puede ser, por sus efectos, indiscriminatoria. Un arma cuyos efectos son inherentemente indiscriminados es la que afecta a combatientes y a no combatientes, sin distinción alguna; es decir, que, incluso cuando se apunta contra o se emplea para un objetivo militar, el modo en que afecta a los civiles escapa al control del que apunta o emplea el arma. El hecho de causar heridas tanto a combatientes como a no combatientes se debe, en general, a factores dependientes del empleo. Sin embargo, un efecto indiscriminado puede depender de su finalidad del arma. Un ejemplo claro es el de las minas AP, que permanecen activas y producen lesiones y muertes años después de haberse concluido las hostilidades.

El *Proyecto SIrUS* utiliza como punto de partida la clasificación de las heridas realizada por el CICR, muy útil para documentar los efectos de los proyectiles y de las

explosiones en el ser humano⁵⁶. En medios clínicos, se ha utilizado para documentar la incidencia de la fragmentación de las balas en los conflictos armados⁵⁷, para determinar las categorías de heridas que las granadas de mano causan a los civiles y para precisar las heridas causadas por fragmentos o por bala en función de las estructuras dañadas y de la extensión del tejido lesionado⁵⁸. Según la herida, se determina su grado. Los grados son los siguientes:

- Grado 1: heridas de piel de menos de 10 centímetros sin cavidad.
- Grado 2: heridas de piel de menos de 10 centímetros con cavidad.
- Grado 3: heridas de 10 centímetros o más con cavidad.

Es imposible establecer una correlación precisa entre el grado y el depósito de energía, por un lado, y entre el grado y el tipo de arma usado, por otro. Los proyectiles de las armas de fuego infligen, habitualmente, heridas de grado 1 y depositan al menos 500 julios de energía⁵⁹. Una herida por bala a corta distancia o una herida por *bala dum-dum* puede ser de grado 3 y está asociada con un depósito de energía de más de 1.500 julios⁶⁰. Los fusiles de asalto modernos pueden infligir heridas de todos los grados, en función de la distancia, la estructura de la bala y la longitud de la herida en el cuerpo. Los fragmentos de proyectiles, bombas, granadas y morteros pueden infligir heridas de los tres grados en función de su masa y de su velocidad.

Se pueden evaluar también los efectos colectivos de las armas determinando, por ejemplo, la mortandad que un sistema de armas causa *in situ*, lo que llevado a términos militares se denomina *muertos en acción*. Otros factores pueden ser el porcentaje de víctimas que muere después de llegar a un centro médico, es decir, *muertos por heridas*; la mortalidad hospitalaria, el número de días de hospitalización que requieren los supervivientes, el número de operaciones a las que se someten, el número de unidades de sangre que necesitan durante su tratamiento y la proporción de los supervivientes con una incapacidad residual concreta. El CICR posee una base de datos relativos heridas de guerra,

56.-COUPLAND, R. M., "The effect of weapons: defining superfluous injury and unnecessary suffering" op. cit; y del mismo autor, *Clasificación de las heridas según la Cruz Roja*, op. cit.

57.-COUPLAND, R.M.; HOIKKA, V.; SJOEKLINT, O.G.; CUENOD, P.; CAUDERAY, G.C.; y DOSWALD-BECK, L., "Assessment of bullet disruption in armed conflict", *Lancet*, 1992 (nº 339).

58.-COUPLAND, R.M., "Hand grenade injuries among civilians", *JAMA*, nº 270 (1993); BOWYER, G.W.; STEWART, M.P.M.; y RYAN, J.M., "Gulf war wounds: application of the Red Cross wound classification", *Injury*, nº 24 (1993); BOWYER, G.W., "Afghan war wounds: application of the Red Cross wound classification", *J Trauma*, 1995 (nº 38); STEWART, M.P.M., y KINNINMOUTH, A., "Shotgun wounds of the limbs", *Injury*, 1993 (nº 24); y por último COUPLAND, R.M., *Classification and management of war wounds*, en JOHNSON, C.D. y TAYLOR, I., *Recent advances in surgery*, Londres: Churchill Livingstone, 1994.

59.-SELLIER, K.G., y KENUBUEHL, B.P., *Wound ballistics*. Amsterdam: Elsevier, 1994.

60.-Ibid.

con la que contabiliza las actividades de sus hospitales de campaña a lo largo del mundo. El *Proyecto SIrUS* comenzó su investigación en 1991, estudiando y relacionando los fondos de esta base de datos. En ella, la información registrada relativa a cada paciente incluye los siguientes *inputs*:

- Causa de la herida.
- Tiempo transcurrido entre el momento de la herida y la hospitalización.
- Clasificación de la herida, parte o partes heridas.
- Posible muerte en el hospital.
- Número de operaciones.
- Número de unidades de sangre requeridas y días de hospitalización.
- Alta al paciente con uno o dos miembros inferiores amputados.

A partir de 1991, en los hospitales del CICR en Peshawar y en Quetta (frontera Pakistán/Afganistán), Kabul (Afganistán), Khao-I-Dang (frontera Tailandia/Camboya), Butare (Ruanda) y Lokichokio (frontera Kenia/Sudán) en los que ingresase un herido de guerra, se cumplimentaba, como parte de la rutina hospitalaria, un formulario de datos en caso de muerte o cuando se daba de alta a los pacientes en el pabellón de cirugía. Actualmente, la base contiene datos relativos a 26.636 pacientes, de los cuales, 8.805 (el 33%) son mujeres, varones de menos de 16 años y varones de 50 años o más y que, por consiguiente, es poco probable que fueran combatientes. A pesar de que se ha hecho lo posible para reducir a un mínimo el número de formularios incorrectamente cumplimentados, los errores son inevitables. Influyen en ello la habilidad de los cirujanos para puntuar las heridas según la clasificación vista el hecho de que algunos pacientes mienten acerca de la causa de sus heridas, para ser hospitalizados, o no conocen bien la causa. Dadas las limitaciones de la recogida de estos datos por las condiciones *in situ*, no ha sido posible comprobar su *validez* y su *fiabilidad* por medios oficiales independientes, pero a pesar de ello reflejan la situación de los heridos de guerra, aunque sea aproximadamente.

En cuanto al método, se analizaron los datos de los pacientes según la causa de la herida. Al respecto, es importante realizar una serie de puntualizaciones terminológicas, para comprender las tablas que se verán de inmediato. *Fragmento* significa herida causada por proyectil, bomba, granada o mortero. *Bala* indica herida causada por cualquier tipo de arma de fuego. *Herida por mina* se refiere a cualquier persona internada a causa de la explosión de una mina, anticarro o antipersonal. *Quemadura* implica herida causada por fuego, cualquiera que sea la causa. *Mina que causa amputación* es un subgrupo de todos los heridos por mina; pero, en general, se sobreentiende que corresponde a las personas que pasaron sobre una mina antipersonal activada por presión directa y perdieron una o las dos piernas⁶¹. Para los pacientes heridos por fragmentos y por bala, que se registraron con una puntuación en función de la clasificación de heridas de la Cruz Roja, sólo se calcularon los

61.-COUPLAND, R.M., y KORVER, A. "Injuries from antipersonnel mines: the experience of the International Committee of the Red Cross", *Br Med J*, 1991 (nº 303).

grados de la primera o única herida.

En cuanto a las personas hospitalizadas en el lapso de 24 horas, la parte o las partes heridas (cabeza/cuello, pecho, abdomen, espalda, pelvis/glúteos, miembro superior derecho, miembro superior izquierdo, miembro inferior derecho y miembro inferior izquierdo) se analizaron en función de la causa de la herida. Para los heridos por fragmentos, balas, quemaduras o minas y que fueron hospitalizados en el lapso de 24 horas, se calculó la mortalidad hospitalaria. En cuanto a los supervivientes del mismo grupo de pacientes, se registraron los siguientes datos: número de días de hospitalización (número de días hasta que se les dio de alta en el pabellón de cirugía, sin tener en cuenta los días que permanecieron hospitalizados por razones políticas o geográficas); media de operaciones requeridas, porcentaje de los pacientes que recibieron transfusiones de sangre, número promedio de unidades de sangre necesarias para transfusiones; número total de miembros inferiores amputados (lo que no se da como un porcentaje de todos los pacientes a causa del bajo número de los que padecieron una amputación bilateral de los miembros inferiores). Los datos relativos a los heridos por minas y hospitalizados con amputaciones traumáticas o que fueron amputados quirúrgicamente se analizaron como un subgrupo de todos los heridos por minas. En el cuadro 1 se da la proporción de los grados de la primera herida puntuada en el historial clínico de 8.295 pacientes heridos por fragmentos o por balas ⁶² :

CUADRO 1	Grado 1	Grado 2	Grado 3
Fragmentos, proyectiles, bombas, granadas, etc 3157 pacientes	1841 (58,3 %)	1054 (33,7 %)	263 (8,3 %)
Balas 5138 pacientes	2333 (45,4 %)	2296 (44,7 %)	509 (9,9 %)

El cuadro 2 indica la mortalidad entre 8.762 pacientes 24 horas después de ser ⁶³ heridos .

62.-Fuente: <http://www.icrc.org>., “Proporción de grados de la primera herida puntuada por lo que respecta a 8.295 pacientes heridos por fragmentos y por balas, según la clasificación de la Cruz Roja”. En el texto se explican la clasificación y la significación del grado de la herida. El Intervalo de Confianza (IC) del 95% sobre la presencia de heridas de grado 3 causadas por fragmentos es del 7,3% al 9,3% y el de las heridas por bala del 9,1% al 10,7%.

63.-Fuente: <http://www.icrc.org>., “Mortalidad, en función de la causa de la herida, por lo que respecta a 8.762 pacientes internados en hospitales independientes del CICR, en el lapso de 24 horas después de resultar heridos”. “Mina”= todos los pacientes heridos por mina. “Mina que causa amputación” = pacientes hospitalizados con una amputación traumática o amputados quirúrgicamente; es un subgrupo de todos los heridos por mina.

CUADRO 2	N° de pacientes	N° de muertes (% mortalidad)
Fragmentos	2926	118 (4,0 %)
Bala	2706	124 (4,6 %)
Quemadura	102	19 (18,6 %)
Mina	3028	121 (4,0 %)
Mina con amputación	890	55 (6,2 %)

Los porcentajes de mortalidad difieren según la causa de la herida ($X^2=51,83$ de 3 g.l., $p<0,001$). Los producidos por causa de fragmentos, balas y minas no son significativamente diferentes entre sí, como puede comprobarse: $X^2=1,50$ de 2 g.l., $p>0,05$. Ello confirma que la elevada cifra global se debe al alto porcentaje de muertes por quemaduras. En el cuadro 3⁶⁴ se indican las partes heridas, en función del agente que causa la herida, por lo que respecta a 8.660 pacientes sin quemaduras, hospitalizados en el lapso de 24 horas después de resultar heridos.

CUADRO 3	N° de pacientes	N° de pacientes heridos	Partes heridas por paciente	Heridas centrales % total	Heridas en miembros superiores % total	Heridas en miembros inferiores % total
Fragmentos	2926	5531	1,9	43,5	23,8	32,6
Bala	2706	3491	1,3	45,2	20,2	34,5
Mina	3028	7282	2,4	27,8	27,2	44,9

El cuadro 4 consigna 8.380 pacientes que sobrevivieron después de ser dados de alta y en función de la causa de la herida, los siguientes datos: número promedio de días de hospitalización; número promedio de operaciones, porcentaje que recibieron transfusiones; promedio del unidades de sangre utilizadas en ellas y número de miembros inferiores amputados. Los datos relativos a 8.380 pacientes heridos de guerra que sobrevivieron incluyen los días de hospitalización, las operaciones por paciente, las transfusiones de sangre y la amputación de miembros inferiores. Todos los pacientes habían sido internados en hospitales en el lapso de 24 horas después de resultar heridos. No se da el número de miembros inferiores amputados, como un porcentaje de todos los pacientes, a causa del bajo número de pacientes que requirió amputaciones bilaterales.

64.-Fuente: <http://www.icrc.org>, “Número y clasificación de las heridas, en función de la causa de la herida, por lo que respecta a 8.660 pacientes internados en hospitales independientes del CICR en el lapso de 24 horas después de resultar heridos”. “Heridas centrales” = heridas en cabeza/cuello, pecho, abdomen, espalda, glúteos/pelvis. La clasificación de las partes heridas difiere mucho para los diferentes tipos de armas (los pacientes tenían, con frecuencia, heridas múltiples; por lo tanto, no se calcula la prueba estándar de ji cuadrado, dada la falta de independencia de los datos). El análisis permite comprobar que la proporción de heridas en los miembros inferiores a causa de minas fue muy superior a cualquier otra.

CUADRO 4	Total supervivientes	Promedio días de hospital	Promedio n° de operaciones	Proporción con transfusiones	N° de miembros inferiores amputados
Fragmentos	2808	14,3	1,9	14,1	63
Bala	2582	19,1	2,1	15,9	20
Quemadura	83	18,8	1,7	8,4	1
Mina	2907	22,3	2,8	33,6	915
Mina con amputación	835	32,9	4	74,9	915

El porcentaje de pacientes que recibió una transfusión varía mucho según las diferentes causas de herida ($X^2=401,3$ de 3 g.l., $p<0,001$). La más alta proporción es, con mucho, la de los heridos por mina, y el excedente se debe casi siempre a amputaciones. Visto lo anterior, es preciso tener en cuenta que cuando se admiten pacientes en un hospital del CICR, no se verifica ni se registra su estatuto militar. El hecho de poder considerar que un 33% de los pacientes estudiados como mínimo eran *no combatientes* muestra la realidad de los conflictos modernos. En el cuadro 1 se pone de relieve que, para los pacientes heridos por fragmentos o por balas, difiere la proporción de heridas de grado 1 y de heridas de grado 2. Sin embargo, la proporción de heridas de grado 3 es similar en ambos casos y es de menos del 10%. Se puede determinar así un valor de referencia para la proporción de heridas grandes en supervivientes, después de dejar el hospital. Las más de las heridas por bala tratadas en hospitales del CICR son causadas por el *Kalashnikov AK-47*.

Un examen de los datos de fuentes médicas militares, que conocen el número de muertos *in situ*, muestra la poca variación de la mortalidad desde la Segunda Guerra Mundial⁶⁵. El porcentaje de heridos que murió *in situ* varía entre el 18% y el 22%. Del mismo modo, el porcentaje de todas las víctimas que murieron después de llegar a un centro médico varía entre un 2,5% y un 4,5%⁶⁶. Esto permite hallar valor de referencia, en cuanto al número de muertos entre las víctimas, que comandantes militares, políticos y juristas consideran consecuencia de las guerras que tienen lugar en este período de la historia. Las cifras que figuran en el cuadro 2 con respecto a la mortalidad hospitalaria, según la causa de la herida son comparables, excepto por lo que respecta a las personas que sufren quemaduras. Dada la muy precaria situación de los pacientes quemados hospitalizados, la alta tasa de mortalidad hospitalaria correspondiente en los centros del CICR constituye una *muerte lenta*.

65.-MELSON, M.A., FARRAR, M.D., y VOLKERS, R.C., "Battle casualties", <http://www.isnl.org/chap12~#.htm>; BELLAMY, R.F., *The medical effects of conventional weapons*, en <http://www.isnl.org/chap13~#.htm>; y del mismo autor, *Combat trauma overview*, en ZAITCHUK, *Anaesthesia and perioperative care of the combat casualty*, Virginia: Office of the Surgeon General, United States Army, 1996.

66.-Ibid.

En el cuadro 3 se destaca que la clasificación de partes heridas por fragmentos y la de las causadas por bala son similares. La más alta proporción de heridas en los miembros inferiores y la más baja proporción de heridas centrales en pacientes heridos por mina, muestran los efectos previsible resultantes de la finalidad de estas armas: las minas AP activadas por presión directa causan una amputación traumática del pie o de la pierna en contacto con el arma. Las minas de fragmentación causan, generalmente, daños en los miembros inferiores⁶⁷. En el cuadro 3 destaca un hecho que demuestra la producción de daños colaterales: además de afectar casi siempre los miembros inferiores, las minas causan heridas en más partes por persona herida que las armas de fragmentación.

En el cuadro 4 consta que las heridas causadas por mina requieren más recursos hospitalarios que otras armas convencionales; originan incapacidades graves y permanentes en cualquiera de las personas que sobreviven a este tipo de herida. El número de días de hospitalización, de operaciones y la necesidad de transfusiones de sangre son mucho más elevados en este grupo, lo que permite hacerse una idea del volumen de las lesiones graves que el cirujano debe tratar⁶⁸. La combinación de estos efectos previsible y evaluables y el hecho de que las minas de fragmentación causen un índice de mortalidad del 100% entre los que las pisan⁶⁹ no sólo plantea la cuestión de *males superfluos o sufrimientos innecesarios* en relación con la finalidad de este tipo de armas⁷⁰, sino que también refuerza un argumento taxonómico: las minas AP activadas por presión directa deben ser una categoría aparte de las armas convencionales, a causa de sus efectos previsible para la salud.

Los centros quirúrgicos del CICR trabajan, por principio, con un bajo nivel de tecnología, una cirugía no especializada y sin contar con eventuales evacuaciones a centros de la retaguardia; se hacen resaltar ciertos principios básicos de gestión quirúrgica⁷¹. El nivel de la asistencia médica en estos centros es, a menudo, mejor que el de los que hay en el país donde tiene lugar la guerra y puede ser incluso la mejor solución. La mortalidad hospitalaria varía poco con respecto a la presentada en publicaciones militares⁷². En cuanto al tratamiento médico y quirúrgico de las heridas causadas por explosión y por proyectiles, en estos hospitales se presta un nivel básico de asistencia. Sin embargo, las instalaciones

67.-COUPLAND, R.M., y KORVER, A. "Injuries from antipersonnel mines: the experience of the International Committee of the Red Cross", op. cit.

68.-Ibid.

69.-ADAMS D.B., y SCWAB, C.W. "Twenty one year experience with land mine injuries", *J Trauma*, 1988; (nº 28).

70.-Ibid.

71.-COUPLAND, R.M., *War wounds of limbs: surgical management*, Oxford: Butterworth Heinmann, 1993; y GRAY, R.C., *Heridas de guerra: tratamiento quirúrgico básico*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1997.

72.-BELLAMY, R.F., *Combat trauma overview*, op. cit.

médicas necesarias para que mejore el índice de supervivencia en los casos de quemaduras no pueden ser accesibles para las víctimas de las guerras modernas si no se dispone de considerables recursos financieros, así como de un cuantioso personal especializado.

En el estudio se ponen de relieve algunos de los efectos previsibles y evaluables que las armas convencionales surten para el ser humano. Estos efectos se derivan de dos importantes características que diferencian a las armas convencionales (exceptuadas las minas AP activadas por presión directa) de las demás armas: en primer lugar, surten efectos causando heridas físicas en los tejidos del cuerpo humano; en segundo lugar, sin tener en cuenta los factores dependientes del empleo, la parte del cuerpo que resulta herida es factor un tanto aleatorio. Se determina una serie de valores de referencia, incluido el relativo a los requisitos para el tratamiento, en cuanto a los males y los sufrimientos resultantes de los efectos de las armas convencionales. Los datos relacionados con los efectos de las armas biológicas o químicas muestran cómo sus efectos previsibles difieren, en gran medida, de los de otras armas convencionales.

3.-La propuesta

Una vez realizada la investigación precedente, el *Proyecto SIrUS* realizó una propuesta, en función de los efectos previsibles y dependientes de la finalidad de las armas cuando son empleadas contra el ser humano y causan cualquiera de los siguientes daños:

- Enfermedad específica, estado fisiológico anormal específico, estado psicológico anormal específico, incapacidad específica y permanente o desfiguración específica (Criterio 1).
- Mortalidad *in situ* de más del 25% o mortalidad hospitalaria de más del 5% (Criterio 2).
- Heridas de grado 3 según la clasificación de las heridas de la Cruz Roja (Criterio 3).
- Efectos contra los que no hay un tratamiento ampliamente reconocido y probado (Criterio 4).

La concurrencia de al menos uno de ellos, según la propuesta del Proyecto *SIrUS*, implicaría la calificación de arma productora de males superfluos o innecesarios. Los criterios son los siguientes:

- **Criterio 1:** *enfermedad específica, estado fisiológico anormal específico, estado psicológico anormal específico, incapacidad específica y permanente o desfiguración específica.* Mediante este criterio, se establece una importante distinción entre los efectos de las armas convencionales (exceptuadas las minas AP activadas por presión directa) y los de todas las demás armas. Se puede aplicar el criterio 1 a un arma

destinada a desorientar, confundir o provocar ataques o psicosis⁷³. En el mismo contexto, uno de los efectos de las armas convencionales es la conocida respuesta neuroendocrina a un trauma físico causado por estas armas convencionales⁷⁴. La misma respuesta neuroendocrina producida por un agente o por una forma de energía sin herida física sería fisiológicamente anormal y específica. Las armas convencionales no hacen absolutamente necesaria una transfusión de sangre, como se muestra en el estudio. Se podría aplicar el criterio 1 a cualquier arma que, por ejemplo, cause previsiblemente una hemorragia gastrointestinal, para la que se requeriría una transfusión de sangre. Las implicaciones de la necesidad de realizar transfusiones son especialmente importantes; si no hay un banco de sangre fiable y seguro, que es difícil instalar en una zona de guerra, se corre el riesgo de hacer transfusiones sin haberse realizado de una prueba cruzada o de sífilis, hepatitis B o VIH⁷⁵. La necesidad de operaciones múltiples agrava los sufrimientos causados por los efectos de las armas; los pacientes heridos por armas convencionales no requieren, como promedio, más de tres operaciones en un centro quirúrgico no especializado. Así pues, un arma que, por ejemplo, causa una desfiguración facial como efecto previsible haría necesaria la realización de múltiples operaciones reconstructivas en un centro especializado. En este caso, se puede aplicar el criterio 1, posiblemente en combinación con el criterio 4.

- **Criterio 2:** *mortalidad in situ de más del 25% o mortalidad hospitalaria de más del 5%*. El empleo de armas cuya finalidad sea que la muerte resulte inevitable está ya prohibido como parte del mismo concepto jurídico que prohíbe las que causan *males superfluos o sufrimientos innecesarios*. El *Proyecto SIrUS* destaca, para diferentes categorías de armas convencionales, la constancia de las cifras, tanto de las correspondientes a la mortalidad *in situ* como las de la mortalidad después de que la persona herida llega a un centro médico. Deben considerarse independientemente las cifras relativas a la mortalidad sobre el terreno y a la mortalidad hospitalaria, porque la muerte a causa de un arma puede ocurrir días o semanas después de la herida, como sucede con las quemaduras y como se muestra en el cuadro 2. Se proponen los porcentajes del 25% y del 5%, respectivamente, para la mortalidad *in situ* y para la mortalidad hospitalaria como límites en la parte moderada de la base de referencia establecida.

- **Criterio 3:** *heridas de grado 3 según la clasificación de las heridas de la*

73.-*Non lethal weapons: emerging requirements for security strategy*. (Anon.) Washington DC: The Institute for Foreign Policy Analysis, 1996; LEWER, N, y SCHOFIELD, S. *Non-lethal weapons: a fatal attraction?* Londres: Zed Books, 1997; Dando, M., *A new form of warfare: the rise of non-lethal weapons*. Londres: Brassey's, 1996; y ORLEY, J. *Psychological disorders among refugees: some clinical and epidemiological considerations*, op. cit.

74.-SAVIC, J., CERNAK, I., JEVTIC, M., TODORIC, M., *Glucose as an adjunct triage tool to the Red Cross wound classification*, op. cit.

75.-ESHAYA-CHAUVIN, B., y COUPLAND, R.M. "Transfusion requirements for the management of war wounded: the experience of the International Committee of the Red Cross", *Br J Anaesth*, 1992 (nº 68), p. 221 y sis, en <http://www.nominesland.org.c43#.html>.

Cruz Roja. Se requiere este criterio para aplicarlo a armas que, aunque no apunten a una parte concreta del cuerpo, infligen grandes heridas, como ocurre con las balas explosivas y las *dum-dum*. En el cuadro 1 se observa que las armas convencionales producen menos del 10% de las heridas de grado 3. Sería muy superior el porcentaje correspondiente a cualquier proyectil o forma de onda que lleve mucha más energía y que previsiblemente la deposite en el cuerpo humano a una corta distancia.

- **Criterio 4:** *efectos contra los que no hay un tratamiento ampliamente reconocido y probado.* Este criterio está estrechamente relacionado con el cuadro 1. Ni en los mejores centros oftalmológicos occidentales ha desarrollado con éxito tratamiento alguno para la retina dañada por un láser. No se conocen totalmente los efectos de otras armas nuevas y, por lo tanto, es poco probable que cualquier tratamiento experimental tuviera éxito. Este criterio también permite destacar el desequilibrio entre los recursos económicos y la tecnología que se destinan al desarrollo de armas, y los comparativamente escasos de los que se dispone para tratar a los heridos y comprobar los verdaderos efectos de las armas para la salud.

De acuerdo con el proyecto, cualquier arma que cause al menos uno de los efectos tabulados en los criterios anteriores es productora de daños superfluos o males innecesarios. En los capítulos siguientes veremos cómo una serie de armas concretas han sido prohibidas precisamente por producir tales daños, si bien la prohibición no se ha basado tanto en motivos científicos, algunos constatados, sino meramente humanitarios.

IV.-LAS ARMAS QUÍMICAS

1.-Concepto

Son aquellos compuestos que, dispersados en formas diferentes y aprovechando sus propiedades tóxicas, producen en los seres vivos que se encuentran en una zona de guerra o teatro de operaciones, alteraciones físicas y/o psíquicas e incluso la muerte⁷⁶. Sus efectos dependen de varios factores, entre los que destacan el tipo utilizado, la cantidad, toxicidad, vía de penetración, persistencia o facilidad de dispersión, las condiciones meteorológicas (humedad, temperatura, viento), procedimiento de empleo, así como la dificultad de identificación y neutralización. Su acción sobre el cuerpo humano produce efectos inmediatos, como náuseas, vómitos, diarrea, disnea, quemaduras, etc.; o efectos retardados, como tumores, alteraciones de la médula ósea, mutaciones genéticas, cambios psicológicos, etc.

La persistencia o volatilidad en la zona y el comportamiento de un agente químico dependen de sus propiedades físicas, fundamentalmente del punto de fusión y del punto de ebullición. Si el punto de fusión es bajo, el agente permanece más tiempo en estado líquido

76.-“ORIENTACIONES DEFENSA NBQ”, OR7-003, Madrid: Ministerio de Defensa, 2000, p. 3-1. Los datos técnicos que siguen han sido tomados de este manual.

y contamina más fácilmente el terreno. Por el contrario, si el punto de ebullición es bajo, el agente es muy volátil y su efecto será menor o no persistente.

La cantidad de agresivo químico que existe en una determinada zona de terreno o en el aire se mide por la densidad de concentración gr/cm^2 o como concentración mg/cm^3 .

2.-Tipos

Otro de los factores que influye sobre los efectos de los agresivos en los seres vivos es la toxicidad, es decir, la cantidad de producto necesario para obtener un efecto determinado, expresada mediante la siglas **DL** (**Dosis Letal**, productora de la muerte) o **DI** (**Dosis Incapacitante**). Los *agentes letales* se clasifican en *vesicantes o dermatotóxicos, sofocantes o neumotóxicos, hemotóxicos o tóxicos sanguíneos y neurotóxicos*. Por su parte, los *agentes incapacitantes* pueden ser *psicodélicos o alucinógenos y neutralizantes*, y éstos últimos, a su vez, en *lacrimógenos y eméticos*⁷⁷.

2.1.-Agentes letales

A.-Vesicantes

Bajo este nombre genérico se agrupan aquellos agresivos líquidos oleosos que provocan quemaduras y vesicaciones en la piel y tejidos internos al ponerse en contacto con ellos. Se subdividen en derivados *nitrogenados y sulfurados (iperita o mostaza y mostazas nitrogenadas)* y *derivados arsenicales (lewisita)*. Al ser muy solubles en lípidos, penetran a través de los tejidos, ejerciendo su acción vesicante tanto en su interior como en la superficie de la piel. Todos los expuestos presentan lesiones cutáneas como síntoma más llamativo, eritema, flictenas rodeadas de una zona de edema duro y eritematoso, prurito y vesiculaciones, que suelen ser tardías, y áreas de necrosis si la exposición fue intensa. Las mostazas, al pasar por el tracto respiratorio, atacan sus mucosas produciendo irritación y ulceración de la nasal, faríngea y laríngea, con rinorrea, dolor quemante en la garganta y ronquera. Como consecuencia de las lesiones pulmonares, se instaura progresivamente un cuadro de distrés respiratorio y las vías bajas dañadas se sobreinfectan fácilmente, predisponiendo a bronconeumonías. La ingestión de comida o agua puede causar destrucción de las membranas mucosa, cuyos síntomas incluyen dolor abdominal, náuseas, vómitos, diarreas, etc.

La absorción sistémica de las mostazas por cualquier vía puede ocasionar síntomas similares a los de una irradiación, náuseas, vómitos, cefaleas, leucocitosis, leucopenia y trombopenia posteriormente, sobre todo si la intoxicación es severa, y depresión de la médula ósea. A más largo plazo, los efectos del envenenamiento por gas mostaza pueden ser psicológicos: ansiedad, depresión, disminución de la libido; alteraciones locales como

77.-Ibíd.

cicatrices cutáneas, bronquitis crónica, estenosis bronquial, alteraciones de la visión. Se ha observado que tienen efecto cancerígeno: las personas expuestas a mostazas sulfuradas presentan un aumento de cánceres de pulmón y laringe.

No existe ninguna sustancia efectiva para la prevención de los efectos de la mostaza sobre la piel y membranas mucosas, el único medio de protección es el empleo de máscara y traje protector.

B.-Sofocantes

Son gases o líquidos muy volátiles, dañinos para la vía respiratoria, que causan primariamente graves lesiones en los alvéolos pulmonares, originando por alteración de la permeabilidad de la membrana alveolo-capilar un edema agudo de pulmón. Los agentes sofocantes más conocidos son el *fosgeno*, el *difosgeno*, el *cloro* y la *cloropicrina*. Los síntomas respiratorios son los que dominan desde el principio en este tipo de intoxicación; irritación de las vías aéreas superiores, tos, asfixia, sensación de opresión torácica; no es infrecuente también la aparición de náuseas, vómitos y cefaleas. Tras un periodo libre de síntomas entre 2 y 24 horas, se produce el edema agudo de pulmón, comenzando con tos, disnea, respiración rápida y superficial y cianosis. Los ruidos respiratorios disminuyen, se oyen roncus y sibilancias. Las complicaciones más importantes, si no sobreviene la muerte, son bronconeumonías y bronquitis crónica.

En cuanto a la prevención y tratamiento, la máscara como norma general da una adecuada protección individual contra estos agentes. Si los sofocantes se mezclan con agentes lacrimógenos o estornudógenos obligaran al afectado a quitarse la máscara antigás, quedando bajo los efectos del primero y corriendo gran riesgo. El tratamiento comprende la evacuación a un lugar seguro fuera de la zona contaminada, reposo absoluto, oxigenoterapia, corticoides para disminuir la severidad del edema y antibióticos en caso de complicaciones.

C.-Hemotóxicos

Son agentes muy volátiles cuya vía principal de entrada es la inhalación y producen efecto por interferencia con la utilización de oxígeno a escala celular. Existen dos grupos generales de tóxicos sanguíneos, los derivados del *ácido cianhídrico* y las *arsinas*. En altas concentraciones produce gran malestar general, pérdida de conocimiento, disnea, exoftalmos, dilatación pupilar; tras 20 o 30 segundos aparecen violentas convulsiones con parálisis respiratoria a los 2 o 3 minutos. Cuando las concentraciones son más bajas, aparecen calambres en las piernas, vértigo, náuseas, cefaleas, alteraciones de los reflejos y marcha inestable. En general, la máscara es un medio eficaz de protección contra estos agresivos. Una vez que la persona es rescatada de la zona contaminada, el tratamiento, consiste en fijar los *iones cianuro*, para lo cual se usan drogas como el *edetato de cobalto* y la *hidroxicobalamina*, y posteriormente proceder a su eliminación.

D.-Neurotóxicos

Bajo este nombre genérico se agrupan una serie de agresivos químicos que poseen una estructura similar a los insecticidas, por lo que también se conocen como *agresivos organofosforados*. La nomenclatura americana habla de dos tipos de agresivos nerviosos, los *agentes G* (*tabum, sarin, soman*) y los *agentes V* (*VE, VM, VX, etc.*). Los *agentes G* son volátiles y se absorben por vía respiratoria en forma de aerosoles, así como por vía percutánea, y tienden a ser no persistentes, mientras que los *agentes V* son líquidos oleosos, de aspecto semejante a los aceites lubricantes, y están considerados de tipo persistente. La piel es su principal vía de entrada.

Estos productos son agresivos muy eficaces que actúan inmediatamente tras su absorción, incluso en cantidades mínimas. Producen efectos muscarínicos, como marcada miosis (normalmente máxima y puntiforme), dolor de ojos atribuible a espasmos ciliares, síntomas respiratorios, náuseas, vómitos, dolores abdominales, cólico, aumento de la salivación, sudoración, lagrimeo y bradicardia e hipotensión. También ejercen efectos nicotínicos a nivel del músculo estriado con fatiga, fibrilaciones y fasciculaciones, debilidad generalizada, parálisis flácida que incluye a los músculos respiratorios. La máscara constituye también un eficaz medio de protección, pero debe ir acompañada del traje protector. Una parte fundamental de la terapia comprende los primeros auxilios que la propia víctima puede aplicar para auxiliarse a sí mismo o por un compañero, mediante unos dispositivos autoinyectables ante la presencia de síntomas sugestivos de intoxicación por agresivos neurotóxicos. El tratamiento consiste en la administración de dos sustancias tendentes a contrarrestar los efectos persistentes de la *acetilcolina*.

2.2.-Agentes incapacitantes

A.-Psíquicos

Denominamos incapacitantes a aquellos agentes que producen una incapacidad temporal que dura horas o días tras la intoxicación, si bien todos los agentes letales en dosis bajas pueden ser usados como incapacitantes físicos cuando se emplean en dosis mínimas. Clasificamos como incapacitantes psíquicos a los agresivos que tiene la propiedad de perturbar el comportamiento de los individuos y privarles de la capacidad de tomar iniciativas y decisiones lógicas. A continuación estudiaremos el *agente BZ* y el *ácido lisérgico* como representativos de este grupo⁷⁸.

El *agente BZ* produce sus efectos por bloqueo de la acción muscarínica de la acetilcolina, tanto a escala central como periférica. A pequeñas dosis produce sueño y disminución de la alerta. Si la dosis aumenta, aparece taquicardia, vértigo, ataxia, visión borrosa, sedación, incapacidad para responder de forma efectiva, ilusiones y alucinaciones.

78.-Ibid.

Una vez pasadas 48 a 96 horas tras la exposición, el individuo vuelve a la normalidad. En la mayoría de los casos solo es necesario tratamiento sintomático, reservando la fisostigmina para casos graves.

El *ácido lisérgico*, que es uno de los numerosos componentes del *cornezuelo de centeno*, tiene la propiedad de producir alteraciones profundas del estado de conciencia a dosis infinitesimales, del orden de la millonésima de gramo, así que 50 microgramos es una dosis suficiente para producir efectos. Se aprecia un estado de confusión en el que son comunes las ilusiones y alucinaciones. La hiperestesia sensorial, en especial de la vista y el oído, euforia, alteración de la noción del tiempo, imágenes caleidoscópicas, ideas paranoicas, excitación mental, etc, son muchos de los efectos que pueden aparecer en este tipo de intoxicaciones a parte de una evidente estimulación simpática (taquicardia, aumento sudoración, midriasis, etc.). El mejor tratamiento conocido es la administración de *diazepan* o *amital sódico* para sedar al paciente hasta la recuperación espontánea.

B.-Neutralizantes

Son irritantes y se caracterizan por su corta duración, baja toxicidad y con período de latencia muy corto, a pesar de lo cual provocan la incapacidad de los intoxicados de forma inmediata. Se suelen usar como agentes antidisturbios y tienen efectos lacrimógenos, vomitivos o estornudógenos⁷⁹. Estos agentes pueden ser:

-Lacrimógenos: Los más comúnmente empleados son el *clorobenzilmalononitrilo* (CS), la *Cloroacetofenona* (CN) y la *dibenzoxacepina*. La exposición a estos agentes produce una sensación violenta de quemadura en los ojos, blefarospasmo, lacrimación intensa y fotofobia. Por inhalación se experimentan tos, opresión torácica, sensación de quemadura en garganta que se extiende a la traquea y bronquios, sensación de quemadura nasal con rinorrea y, en algunos casos, náuseas y vómitos. Todo ello hace que el individuo tenga sensación de sofocación acompañada de miedo. La máscara es un buen protector contra estos agentes, aunque una completa protección solo se obtiene con el traje. La mayoría del personal afectado no precisa atención médica y los síntomas suelen desaparecer al respirar aire fresco y cambiar la ropa, siendo aconsejable lavar con agua los ojos, boca y piel si los síntomas persisten.

-Eméticos: Estos agentes, representados fundamentalmente por la *difenilcloroarsina*, la *adamsita* y la *difenilcianoarsina*, dispersados como aerosoles, producen sus efectos por inhalación o acción directa sobre los ojos. Sus principales manifestaciones son estornudos violentos e incontrolables, tos, sensación de quemadura en nariz y garganta, náuseas, vómitos, irritación conjuntival, lagrimeo y sensación de discomfort general. Los síntomas desaparecen entre 20 minutos y dos horas tras la intoxicación, no necesitando generalmente más tratamiento que los primeros auxilios y el lavado con agua los ojos, boca y piel.

79.-Ibid.

3.-Prohibición

En cuanto al tratamiento jurídico de estas armas, ya en la I Conferencia Internacional de la Paz de La Haya en 1899 se prohibió el empleo de *gases asfixiantes o deletéreos*⁸⁰, proscripción que fue reforzada por prohibiciones sobre el empleo de *tóxicos o armas tóxicas* en la II Conferencia de La Haya de 1907. Estos acuerdos no lograron evitar el empleo de armas químicas en la Primera Guerra Mundial, durante la cual aproximadamente 125.000 toneladas de productos químicos tóxicos ocasionaron heridas a 1.3000.000 personas, de las cuales más de 100.000 murieron⁸¹. En un llamamiento a los beligerantes, el 6 de febrero de 1918, el CICR afirmó lo siguiente:

*...Queremos hoy pronunciarnos contra una innovación bárbara. (...) Esta innovación es el empleo de gases asfixiantes y tóxicos, que parece aumentará hasta un grado nunca antes soñado (...) Protestamos con todas las fuerzas a nuestro alcance contra tal manera de hacer la guerra que sólo puede denominarse criminal.*⁸²

Las primeras armas tóxicas se ensayaron, a partir de 1915, en los combates que tuvieron lugar en el *frente de Flandes*. Las fuerzas de ambos bandos utilizaron masivamente esas armas durante dos años consecutivos. En julio de 1917, cerca de la ciudad de Ypres, en Bélgica, los alemanes emplearon, por primera vez, el *gas mostaza*, llamado posteriormente *iperita* por analogía con el nombre de esa ciudad. Se trataba de un *vesicante* que producía ampollas y quemaduras en la piel, con graves consecuencias para las personas no protegidas. Un médico británico describiría, años después, los efectos de la *iperita*, cuando fue empleada en Abisinia por el ejército italiano:

Al examinar a los pacientes más de cerca, la visión era de horror. El primero al que atendí era un anciano que se mecía sin parar, gimiendo en el suelo, envuelto en una especie de paño que levantó lentamente y echó a un lado cuando me acerqué. Daba la impresión de haber sido torpemente desollado; el gas mostaza le había provocado horrendas quemaduras en todo el rostro, en la espalda y en los brazos. Muchos estaban en el mismo estado: algunos sufrían más que otros; algunos con quemaduras recientes y otros con llagas que comenzaban ya a formar costras medio marrones. Hombres y mujeres por igual, todos horriblemente desfigurados;

80.-*Declaration prohibiting the use of asphyxiating gases (Hague Declaration II)*, (Declaración por la que se prohíben los gases asfixiantes), en SCHINDLER/TOMAN, *The laws of armed conflicts*, op. cit., p. 105.

81.-United Nations, *Disarmament Yearbook*, Nueva York: UNP, vol. 11, 1986, p. 241.

82.-SIPRI, *The problem of chemical and biological warfare, CB Disarmament Negotiations, 1920-1970*, Estocolmo: SIPRI, vol. IV, 1974, p. 41.

*había también niños de corta edad.*⁸³

El 6 de febrero de 1918, el CICR lanzó un llamamiento contra el empleo de gases tóxicos, para convencer a los beligerantes de que renunciaran a su uso. Al decidir oponerse firmemente al empleo de armas tóxicas, el CICR dio a su labor una nueva dimensión que sobrepasaba la asistencia a las víctimas, para interesarse en los métodos y las técnicas de combate, en una postura que ya nunca abandonaría. Abordaba una cuestión sumamente controvertida, que era objeto de acusaciones recíprocas por parte de los Estados beligerantes. Pero, con el propósito de proteger a las víctimas de la guerra, se decidió proseguir en esa dirección y dar publicidad a su acción en ese ámbito. El 8 de febrero de 1918, envió el texto de su llamamiento a los soberanos y jefes de Estado de los países beligerantes o neutrales, así como a las Sociedades Nacionales, a diversas personalidades religiosas y a la prensa. Se recibieron respuestas en Ginebra, particularmente por parte de las Cruces Rojas Danesa, Noruega y Sueca; el Vaticano sostuvo igualmente la iniciativa. Alentado por ese éxito, se intentó convencer a las grandes potencias aún renuentes a que renunciaran formalmente al uso de los gases. En marzo de 1918, Édouard Naville, presidente interino del Comité, y el doctor Ferrière, su vicepresidente, viajaron a París. El presidente de la República Francesa, Raymond Poincaré, les informó de que los aliados estaban dispuestos a hacer una declaración según la cual renunciaban al empleo de gases a condición de que sus adversarios, los Imperios Centrales, hicieran lo mismo. En mayo de 1918, los Gobiernos aliados remitieron al CICR una respuesta oficial al llamamiento del 6 de febrero, en la que declaraban que hacían suya la iniciativa del CICR y aceptaban incluso la idea de un acuerdo que prohibiera el empleo de gases, pero atribuían la responsabilidad de la guerra química a sus contendientes.

El 12 de septiembre, se recibió la respuesta del gobierno alemán: tras haber recordado la posición adoptada durante la Conferencia de La Haya de 1899 en favor de la supresión de las armas tóxicas, así como sus protestas contra el empleo de gases en el frente europeo, Alemania acusó, a su vez, a sus contendientes de ser responsables de la invención y el desarrollo del empleo de gases en el conflicto. En realidad, las gestiones alcanzaron un éxito matizado, cuyos efectos positivos se verificaron sólo posteriormente. No obstante, el CICR proclamó oficialmente la necesidad de prohibir completamente ese tipo de armas y prosiguió sus gestiones en ese sentido, implicando en ellas a los círculos académicos o militares. Esos esfuerzos contribuyeron directamente a la aprobación del *Protocolo relativo a la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*, aprobado en Ginebra el 17 de junio de 1925.

En el período inmediatamente posterior, se describieron las armas químicas como *un método criminal esencialmente cruel de llevar a cabo la guerra* y su despliegue contra

83.-MAC FIE, J.W.S., *An ethiopian diary: record of the british ambulance service in Ethiopia*, Londres: Hodder and Stoughton, 1936, p.77.

los no combatientes se calificó de *bárbaro e inexcusable*⁸⁴. En 1920, se realizaron ante la Sociedad de Naciones y bajo su patrocinio, varias discusiones preliminares sobre la posibilidad de desarrollar un tratado de desarme químico, propuesta fuertemente apoyada por el CICR⁸⁵. No obstante, sobre la cuestión de la verificación de la *no producción* de estas armas por parte de la industria química, se concluyó que *sería inútil tratar de restringir el uso de gases en tiempo de guerra mediante la prohibición o limitación de su fabricación en tiempo de paz*⁸⁶. Así pues, se optó por una solución basada en los principios del Derecho Internacional Humanitario. La *Conferencia Internacional sobre el control del comercio internacional de armas, municiones y efectos de guerra*, convocada en Ginebra en 1925 bajo los auspicios del Consejo de la Sociedad de las Naciones, adoptó el texto del *Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*⁸⁷. Según sus términos, se prohibía el empleo en guerra *de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos y de medios de guerra bacteriológicos*.

El Protocolo de Ginebra de 1925, como la mayoría de los instrumentos multilaterales contemporáneos suyos, representaron un logro parcial. Fue, efectivamente, una respuesta colectiva a los horrores del empleo de armas químicas en la Primera Guerra Mundial y, respecto de esa categoría particular de armas, parecía estar encaminado a una mayor eficacia que sus predecesores. No obstante, adoleció de algunas limitaciones importantes que hicieron de él, en realidad, nada más que una *prohibición sobre el uso inicial de las armas químicas*⁸⁸. Incluso en el momento del acuerdo, se opinó que era inadecuado, pues una mera declaración de no recurrir a medios prohibidos de guerra quizá no soportaría la tensión de las hostilidades reales. La convención prevista sobre reducción y limitación de armamentos debería incluir medidas más severas.

En 1926, la Sociedad de Naciones organizó una conferencia de desarme de la que, entre 1926 y 1930, llevó a cabo varios períodos de sesiones, pero que no logró siquiera

84.-Ibíd., p. 44.

85.-Por ejemplo, en noviembre de 1920, el CICR remitió una carta a la Asamblea General de la Sociedad de Naciones en la que proponía la prohibición absoluta del empleo de gases asfixiantes, y, en 1921, la X Conferencia Internacional de la Cruz Roja instó a los gobiernos a llegar a un acuerdo sobre la prohibición absoluta del *empleo del gas como arma, independientemente de su medio de difusión: sistema de aspersión, misiles o cualquier otro (the use of gas as a weapon, however delivered, whether by drift, missiles or otherwise)*, Cf. *IRCR*, nº 111 (June 1970), p. 301.

86.-SIPRI, *The problem of chemical and biological warfare, CB Disarmament Negotiations, 1920-1970*, op. cit., p. 44.

87.-*Protocol for the prohibition of the use in war of asphyxiating, poisonous, or other gases and of bacteriological methods of warfare (Geneva Protocol)*, de 17 de junio de 1925, en SCHINDLER/TOMAN, *The laws of armed conflicts*, op. cit., p. 115.

88.-McCORMACK, Timothy L.H., "International law and the use of chemical weapons in the Gulf War", *California Western International Law Journal*, vol. 21 (1990-1991), ps. 5 a 10.

comenzar negociaciones serias sobre un tratado de desarme químico, ya que las adhesiones al tratado prosperaban lentamente⁸⁹. Varios Estados, que, a todas luces, dudaban que el Protocolo pudiera aplicarse con la firmeza prevista en el texto, formularon importantes reservas. En octubre de 1935, cuando estalló la guerra ítalo-etíope, en la que se empleó esta arma, 41 Estados eran partes en el Protocolo, entre ellos Italia y Etiopía: y sin embargo, no se protestó por ello ni se adoptó ninguna medida internacional al respecto. Durante cuatro de los seis meses que duró la guerra con Etiopía, Italia utilizó gases tóxicos, principalmente sus fuerzas aéreas. Los aviones de guerra italianos arrojaron, de un total de 1.829 toneladas de explosivos, 330 toneladas de agentes químicos. Los bombardeos en que se emplearon agentes químicos, combinados normalmente con explosivos y bombas incendiarias regulares, tuvieron lugar casi diariamente; en una ocasión, se arrojó la cantidad de 12 toneladas en un solo día. A pesar de que el objetivo era infundir miedo y terror, sobre todo, en las filas del ejército etíope, las bombas de gas afectaron indiscriminadamente a la población civil⁹⁰.

El camino de Italia fue seguido por Japón durante la conquista de Manchuria, en la que usó este tipo de armas. Durante la Segunda Guerra Mundial no fueron utilizadas, a pesar de la enorme crueldad de las hostilidades, y sería Estados Unidos quien decidiría nuevamente su uso Vietnam. En 1965 hubo varias protestas internacionales por el empleo que hizo su ejército de compuestos *estornudógenos* y *lacrimógenos* en la operación *Ranch Hand*. Sus objetivos fueron los siguientes⁹¹:

- 1.-Castigar a la población civil que apoyaba a la guerrilla comunista.
- 2.-Privar de alimentos al enemigo mediante la destrucción sistemática, premeditada y progresivamente intensificada de las cosechas.
- 3.-Crear condiciones favorables para la mejor utilización de otro tipo de armas.
- 4.-Obligar a los campesinos a internarse en los campos de concentración.
- 5.-Inutilizar o dañar seriamente, en forma definitiva o por largo plazo, a los sobrevivientes.
- 6.-Crear el pánico entre los sobrevivientes afectados o ilesos.
- 7.-Perturbar el equilibrio ecológico.
- 8.-Destruir los bosques y la vegetación para, además, incrementar los daños de las inundaciones.

89.-MATHEWS, Robert J.; y McCORMACK, Timothy, L.H., *The relationship between international humanitarian law and arms control*, en DURHAM, Helen y McCORMACK, Timothy L.H., *The changing face of conflict and the efficacy of international humanitarian law*, Londres: CUP, 1999.

90.-ROCHAT, Giorgio, *L'impiego dei gas nella guerra d'Etiopia 1935-1936*, en *Guerre italiane in Libia e in Etiopia*, Paese: Pagus Edizioni, 1991, ps. 157-168, y GENTILI, Roberto, *Guerra aerea sull'Etiopia 1935-1936*, Florencia: EDAI, 1992, ps. 95 y 100.

91.“La guerra química en Vietnam”, en <http://www.laneta.apc.org/emis/carpeta/sustancias/vietnam.htm>.

Como podemos ver, todos estos objetivos colisionaban con con los principios del Derecho Internacional Humanitario. Entre los tipos de armas químicas más usadas en Indochina por el ejército norteamericano, podemos citar las siguientes⁹²:

1.-Herbicidas-defoliantes:

-*Agente Azul* (Phytar 560 gr): ácido cacodílico (3.9%); cacodilato sódico (22.6%); materiales inertes (cloruro de sodio, cloruro de calcio, sulfato de calcio); sulfactante y esterilizador.

-*Agente Blanco* (Torden 101). Ingredientes activos (25%: Picloran, sal potásica del ácido 4 amino-3,5, 6-tricloropicolínico, 20%; tri-iso popanolanina del 2,4-diclorofenoxiacético, 80%. Disolvente: queroseno. Otros ingredientes: un surfactante.

-*Agente Naranja*: éter n-butílico del ácido 2,4, diclorofenoxiacético (2,4-D), 50%; éter n-butílico del ácido 2,4, 5-ticlorofenoxiacético (2, 4, 5-T), 50%. Solvente: queroseno.

-*Agente Púrpura*: éter n-butílico del 2, 4-D, 50%; éter n-butílico del 2, 4, 5-T, 30%; éter insobutílico del 2, 4, 5-T, 20%.

-2,4-DNP, 2,4 dinotrofenol.

-*Cianamida cálcica*.

-*Arsénico blanco*: trióxido de arsénico.

-*Arsenitos de sodio*: ortoarsenito monosódico, ortoarsenito disódico, ortoarsenito trisódico.

-*Metaarsenito de calcio*.

-*Metaarsenito cúprico*.

-*Ortoarsenito disódico*.

2.-Esterilizadores del suelo, como los siguientes:

-*Bromacilo*: 3-bromo-3 sec-butyl-6 metil-uracilo.

-*CMU*: N-(4 clorofenil) N,N-dimetilurea.

-*DNC o DNOC*: 4,6-dinitro-ortocresol.

Entre 1962 y 1971 se arrojaron sobre ese país unos 70 millones de litros de herbicidas muy poderosos, en particular el *agente naranja*: aproximadamente 1,7 millones de hectáreas fueron así *rociadas* en varias ocasiones.⁹³ Los medios utilizados con mayo profusión fueron aviones y helicópteros. Respecto a los primeros, se usaron los C-123, C-130 y C-47, equipados con tanques de 1000 galones. La dispersión de los productos químicos se hacía por medio de 36 tubos repartidos entre los planos y el timón del avión. Volaban a una altura de menos de 50 m, o sea, casi rasantes; su tripulación constaba de un

92 .-Ibíd.

93.-Cf. The OPCW Home Page, "The Chemical Weapons Convention Website", en <http://www.opcw.nl/ptshome.htm>.

piloto, un copiloto y un técnico, encargado de la aspersión. Los aviones volaban en grupos de 4 ó 5, debidamente escoltados por cazas o helicópteros artillados. Para complementar y mejorar la capacidad de dispersión de las sustancias fitocidas, los aviones C-123 fueron equipados con un asperjador FIDAL (*fixed-wing insecticide dispersal apparatus liquid*) dotado de turbinas pulverizadoras⁹⁴.

En la administración Nixon, y también en las postrimerías de la Johnson, se intensificó el uso de los helicópteros en las operaciones agresivas de aspersión, especialmente de los tipos HU-IA, HU-B, H-24, AIE y el AIH, provistos de un asperjador HIDAL (*helicopter insecticide dispersal apparatus liquid*)⁹⁵. Como los helicópteros pueden detenerse para la aspersión y poseen, en general, más facilidades y maniobras en su vuelo, la operación de las sustancias químico-tóxicas son de más graves consecuencias. Conviene señalar que algunos de los helicópteros estaban artillados, por ejemplo, el HU-L Iroquis (ametralladoras M-60, de 7,62 mm; lanzacohetes de 2,75 pulg; lanzagranadas de 40 mm; cohetes anticarros SS-11) y un sistema de dirección de tiro que se mantiene sobre el blanco a pesar de las vibraciones.

Las concentraciones empleadas para la aspersión de los herbicidas, defoliantes y esterilizadores del suelo fueron los siguientes⁹⁶:

- Agente Naranja: 15-50 kg/ha.
- Agente blanco: 16-18 kg/ha.
- Agente Azul: 3-8 kg/ha.
- Bromacilo: 15-30 kg/ha.

La dosis y concentraciones de las sustancias químicas utilizadas en prácticas agrícolas normales son mucho menores. Por ejemplo, las del 2-D, 4-D y el 2-T, 4-T, 5-T son de 1 kg/ha. En Vietnam se sobrepasaron estos valores, con la agravante adicional de que se aplicaban sin diluir, lo que aumentaba su acción destructora y tóxica y su potencialidad como causa de daños mediatos. Si consideramos una dosis cualquiera, la del agente naranja, por ejemplo, que es de 50 kg/ha (descargando el tanque en forma habitual en 5 minutos), observaremos que en una de las descargas de las llamadas de emergencia (tiempo de descarga 30 seg.) la concentración del material químico asperjador será de 300 kg/ha. En Vietnam los aviones y helicópteros agresores han rociado tóxicos químicos a concentraciones mucho mayores⁹⁷.

En contra de lo que es habitual en las prácticas agrícolas normales, el riego de los herbicidas y defoliantes sobre las áreas vietnamitas fue normalmente reiterado sobre determinadas zonas. Vemos algunos ejemplos. En 1969, las comunas del distrito de Dong

94.-Ibíd.

95.-Ibíd.

96.-Ibíd.

97.-Ibíd.

Giang, provincia de Quang Da, fueron sometidas a más de cien rociadas por misiones de 4 a 6 aviones C-123 o C-130. En 1970 las mismas regiones fueron rociadas decenas de veces. El 5 de abril de 1970 se rociaron 40 Tm de agente naranja en 10 misiones de C-123 sobre la región de Tra Linh, provincia de Quang Nam, destruyendo los sembrados en un área de 20 Km². Los científicos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, revelaron que sobre una misma región al oeste de Tay Nohnh, cerca de la frontera de Camboya, se efectuaron aspersiones continuadas en el período comprendido del 29 de marzo al 9 de junio de 1969 mediante 113 misiones de C-123, es decir, 113 veces 1000 galones de productos nocivos, equivalentes a 400.000 litros, esparcidos por el agresor de un área exigua, de alrededor de 100 Km², en unos dos meses. Los tres casos citados son ejemplos entre los miles que se pudieran ofrecer de lo que ocurrió cotidianamente durante más de 11 años⁹⁸.

Al término de la guerra, una quinta parte de los bosques de Vietnam del Sur había sido destruida químicamente y más de un tercio de sus manglares había desaparecido. Si algunos bosques han logrado recuperarse, en su mayoría se han convertido en matorrales y no se cree posible su refloramiento en varios siglos⁹⁹.

Desde el comienzo de este tipo de operaciones se manifestaron temores en cuanto a la toxicidad del agente naranja. En 1964, la *Federación de Científicos de Estados Unidos* condenó la operación *Ranch Hand* y la consideró *un experimento químico injustificado*, pero no se suspendió hasta la publicación de varios informes, en 1970 y 1971, que establecían una relación de causalidad entre las malformaciones de los recién nacidos en Vietnam, cuya proporción aumentó considerablemente, y el agente naranja¹⁰⁰. Las investigaciones ulteriores demostraron que uno de sus principales componentes, el 2,4,5-T, contenía *dioxina*, que resultó ser uno de los venenos más poderosos jamás conocidos. La *dioxina* perturba las funciones hormonales, inmunitarias y reproductivas del organismo, y altera la calidad del esperma en el hombre. La naturaleza ha eliminado ya en buena medida la *dioxina* de la vegetación y los suelos vietnamitas, pero esa sustancia sigue presente en la sangre, en los tejidos adiposos del ser humano y en la leche materna. Según Le Cao Dai, director del *Fondo para las Víctimas del Agente Naranja* constituido por la Cruz Roja vietnamita, la leche de las mujeres expuestas al agente naranja en Vietnam del Sur contiene unas diez veces más dioxina que la de las mujeres del norte o de países como Estados Unidos¹⁰¹. Además, se han observado malformaciones en los hijos de ex combatientes expuestos al *agente naranja* y otros pesticidas usados en la ocasión. Según el profesor Hoang Dinh Cau, presidente del comité vietnamita encargado de investigar sobre las consecuencias del empleo de armas químicas durante la guerra, decenas de miles de niños se vieron afectados. Nacieron con deformaciones de los miembros, con un miembro menos

98.-Ibíd.

99.-Ibíd.

100.-Ibid.

101.-Ibíd.

o con ojos sin pupila. Se teme que la tercera generación también sufra sus efectos¹⁰².

El caso de Vietnam no ha sido el único. Gases lacrimógenos, sofocantes, neurotóxicos y napalm fueron utilizados por las tropas soviéticas en la invasión de Afganistán. El ejemplo reciente más flagrante fue su uso por parte de Irak, en la década de los ochenta, contra fuerzas iraníes y contra la población kurda, en sus provincias del norte¹⁰³. Los ataques iraquíes contra la población civil kurda entre abril de 1987 y agosto de 1988 provocaron también efectos a largo plazo, si bien éstos son difíciles de estudiar en el lugar. En Halabja, ciudad bombardeada durante tres días (marzo de 1988) con agentes químicos y biológicos, de 5.000 a 7.000 personas perdieron la vida y decenas de miles resultaron heridas. La primera investigación médica fue realizada en 1998 por la doctora Christine Gosden, profesora de la Universidad de Liverpool. En su informe al *Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme*¹⁰⁴, señala casos de cánceres raros, malformaciones en los niños, abortos naturales, infecciones pulmonares recurrentes y problemas neuropsiquiátricos graves. El gas mostaza quemó córneas y provocó casos de ceguera, y existe el riesgo de que aparezcan cánceres cinco o diez años después de la exposición.

Hasta 1995 no se produciría una acción terrorista eficaz con este tipo de armas. En marzo de 1995, en Tokio, miembros de la secta religiosa *Aum Shinrikyo* (*Verdad Suprema*)¹⁰⁵ lanzaron *gas sarin* en el metro de la ciudad: 12 personas resultaron muertas y 5.500 heridas. Una minúscula gota de *sarin*, en contacto con la piel, o inhalada, basta para producir postración y, al poco tiempo, la muerte. La secta había logrado reclutar a algunos científicos con experiencia que, según los investigadores japoneses, también estaban realizando pruebas con otras sustancias, entre ellas el ántrax. En 1992, Chizuo Matsumoto, alias *Shoko Asahara*, *guru* de la secta, viajó a Zaire con intención de obtener muestras del ébola¹⁰⁶. El 90 % de las personas infectadas por este virus muere al cabo de una semana. Existen pruebas de otros intentos de lanzar ataques con armas químicas y bacteriológicas:

102.-PEARCE, Fred, "Guerra y medio ambiente: reacciones en cadena", *El Correo de la UNESCO* (mayo de 2000). para mayor información sobre guerra química, véase *The OPCW Home Page, The Chemical Weapons Convention Website*, en <http://www.opcw.nl/ptshome.htm>.

103.-Un equipo dirigido por un enviado especial del CICR visitó Halabja y confirmó el empleo de gases tóxicos. Cf. "News Chronology, Chemical Weapons Convention Bulletin", 31 de marzo de 1988.

104.-<http://www.un.org>.

105.-Esta secta mezclaba el budismo, el hinduismo, la reencarnación, el milenarismo catastrofista finisecular, la amenaza nuclear, el yoga y el culto al terror. Cf. "Aum Shinrikyo (Supreme Truth)", *Resource Center of Freedom of Mind*, <http://www.freedomofmind.com/groups/aum/aum.htm>.

106.-DANIELS, Ted, "What Has Happened Over Tokyo? Aum, Who Are You?", *The Millennium Watch Institute*, vol. 4, nº 1 (abril de 1996), en <http://www.channel1.com/mpr/Articles/41-Aum01.html>; del mismo autor, "Aum Shinri Kyo in context", *The Millennium Watch Institute*, vol. 5 nº 2 (julio de 1996), en <http://www.channel1.com/mpr/Articles/41-Aum01.html>; SHIMATSU, Yoichi Clark, "4 years after sarin attach Aum Shinrikyo sect is regrouping and growing", en *JINN-Pacific Pulse* (3 de marzo de 1999), en <http://www.pacificnews.org/jinn/stories/5.06/990316-shinrikyo.html>.

en 1995 fue detenido un hombre de Ohio que intentaba comprar cultivos de la *peste bubónica* a través del correo¹⁰⁷.

Aunque las imágenes de kurdos habitantes de Halabja, que yacían muertos en las calles de esa aldea, contribuyeron a reabrir y a dar impulso a negociaciones para erradicar estas armas, también es cierto que en los años transcurridos desde la Primera Guerra Mundial ha disminuido su utilidad militar. Varios Estados han desarrollado equipos de protección eficaces (denominados, en español, *NBQ*, en alusión a la guerra **Nuclerar-Biológica-Química**) contra los ataques químicos y se han inventado otras armas menos dependientes de las condiciones climáticas, que introducen factores poco controlables en su uso, como la velocidad y dirección del viento y la ausencia de lluvia. De hecho, la mayor parte de los Estados han llegado a la conclusión de que las armas químicas no son indispensables para sus capacidades militares estratégicas. Por otra parte, su empleo por Irak contra civiles desprotegidos demostró los peligros que plantea la proliferación de estas armas. Esta combinación de *valor estratégico disminuido* y de *amenaza potencial de proliferación* ha facilitado un nivel de acuerdos multilaterales mayor que el que había sido posible hasta entonces. Hubo otro factor que facilitó la negociación reductora: en 1987, la Unión Soviética aceptó las inspecciones para verificar el cumplimiento de las convenciones sobre estas armas; admitió que las poseía y organizó una reunión internacional de control de armamentos en una de sus instalaciones de armas químicas.

Las negociaciones sobre la *Convención de Armas Químicas (CWC)*¹⁰⁸ comenzaron en Ginebra en 1969 y concluyeron en 1992. Aunque este proceso de 23 años de duración fue lento y tortuoso, finalmente dio sus frutos. A diferencia del Protocolo de Ginebra de 1925, la CWC exige la eliminación completa de las armas químicas (dentro de los 10 años a partir de su entrada en vigor) e introduce un régimen de verificación que garantiza su cumplimiento por los Estados Partes. La verificación en la CWC incluye declaraciones nacionales obligatorias sobre sus actividades industriales y militares relacionadas con la química y un régimen de inspecciones de rutina de las instalaciones industriales y militares declaradas. Una característica importante es la disposición sobre la *inspección de recusación* mediante la cual cualquier Estado parte puede, sin mayor antelación, solicitar una inspección de cualquier emplazamiento de otro Estado parte. La CWC entró en vigor el 29 de abril de 1997. Actualmente 121 Estados son partes en ella y otros 48 Estados ya la han firmado.

Quizá uno de sus aspectos más importantes sea que entre los Estados partes figuran tanto Estados Unidos como la Federación Rusa (los mayores poseedores mundiales de armas químicas), así como los mayores Estados productores y exportadores de armas

107.-Ibíd.

108.-*Convention on the prohibition of the development, production, stockpiling and use of chemical weapons and on their destruction* (el acrónimo CWC, por **C**hemical **W**eapons **C**onvention, es la denominación por la que es conocida internacionalmente) de 13 de enero de 1993, 32 ILM 800 (*Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*).

químicas de Europa occidental y algunos de los principales Estados en desarrollo con capacidad de producción química. Aunque varios de los Estados clave de Oriente Próximo siguen rehusando a adherirse a la Convención, hay un número cada vez mayor de Estados que están optando por hacerlo.

El régimen de verificación se realiza por la *Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPCW)*, creada en La Haya para la administración de la CWC¹⁰⁹. La OPCW tiene empleados actualmente más de 200 inspectores que realizan inspecciones de verificación a fin de garantizar que los Estados Partes respeten las obligaciones de la CWC¹¹⁰.

En el momento en que la Convención se abrió a la firma y, luego, una vez más, en la I Conferencia de los Estados partes tras la entrada en vigor de la Convención, muchos representantes de Estados y de organizaciones internacionales reconocieron la importancia del logro multilateral para proscribir estas armas de consecuencias tan horribles a los desafortunados que quedan expuestos a sus efectos. No obstante, la principal motivación para celebrar la Convención tenía menos que ver con las consecuencias de las armas, desde el punto de vista humanitario, y más con otros factores estratégicos de seguridad, sobre todo, las crecientes preocupaciones sobre la proliferación y el reconocimiento de Estados Unidos y de Rusia que, en la actualidad, no necesitaban mantener sus reservas.

V.-ARMAS BIOLÓGICAS O VIVAS

1.-Concepto

Se definen como el *dispositivo que proyecta, dispersa o disemina un agente biológico, incluyendo artrópodos e insectos vehicularizadores (vectores)*, en un campo de batalla o zona de operaciones, con el fin de neutralizar al enemigo¹¹¹. Este tipo de arma está formada, pues, por dos elementos: un sistema de proyección (un proyectil o un aerosol, por ejemplo) y un agente biológico o vector. Estos agentes infecciosos pueden ser hongos, bacterias o virus, y se usan intencionalmente para producir daño sobre el enemigo, mediante su diseminación y consecuente inducción de una enfermedad infecto-contagiosa. Esta definición se extiende con frecuencia a toxinas o sustancias derivadas o producidas por microorganismos, plantas o animales, pero en pureza de términos deben quedar excluidas por su origen biológico, ya que son productos tóxicos derivados, de origen animal, vegetal o bacteriano; por no poder delimitarse las diferencias existentes entre los efectos

109.-Para más detalles sobre las medidas de verificación de la CWC, cf. MATHEWS, Robert J., *Verification of chemical industry under the Chemical Weapons Convention* en POOLE, John B.; y GUNTHRIE, Richard, *Verification 1993: arms control, peacekeeping and the environment*, Nueva York : Adams, 1993, p. 41.

110.-MATHEWS, Robert J., *Entry into force of the Chemical Weapons Convention*, Estocolmo: *SIPRI Yearbook 1998 (Armaments, disarmament and International security)*, 1998, ps. 490 a 500.

111.-“ORIENTACIONES DEFENSA NBQ”, OR7-003, Madrid: Ministerio de Defensa, 2000, p. 3-1.

combinados de los agentes biológicos y sus toxinas y de las toxinas como productos tóxicos de efectos nocivos sobre el organismo. En última instancia, se pueden diferenciar también por el marco jurídico regulador, es decir, de acuerdo con las diferencias normativas incluidas en el Convenio de prohibición de este tipo de armas, de 1972.

El amplio espectro de aniquilación del uso de patógenos y toxinas con fines bélicos ha reemplazado en la actualidad la angustia al ataque nuclear tras la Segunda Guerra Mundial. Por fortuna, la guerra biológica a gran escala no ha pasado de la teoría, si bien la amenaza de su uso por parte de terroristas (a través de lo que se denominó *bioterrorismo*) o determinadas naciones es hoy un hecho preocupante para la comunidad internacional. Sirva de ejemplo el caso de Irak, Ben Laden y Al Qaeda. Los casos en que se ha llevado a efecto, sin bien escasos en número, han sido indiciarios de lo que podría suceder si se aplicaran estas armas en un campo de batalla.

En la historia de la ciencia podemos establecer un cierto paralelismo entre el desarrollo de las armas nucleares y el de las armas biológicas. Ambos están relacionados con avances científicos utilizados con fines bélicos, que plantearon y siguen planteando importantes dilemas por el uso de la nueva tecnología y su perjuicio para la humanidad. La física nuclear nació en la primera mitad del siglo XX, tras el descubrimiento del núcleo atómico y la posibilidad de liberar energía mediante su fusión y fisión. La fabricación de la bomba atómica, entre 1943 y 1945, fue dirigida por Oppenheimer, que una vez conocidos sus efectos y arrepentido de su descubrimiento, se negó a nuevas investigaciones. Por su parte, Albert Einstein y Bertrand Russell, se opusieron decididamente a este arma y defendieron la producción nuclear exclusivamente para fines pacíficos. En paralelo al armamento nuclear, diferentes países emprendían, durante la segunda mitad del siglo XX, el desarrollo de otras armas de destrucción masiva, basadas en la acción de microorganismos altamente patógenos, a la cabeza de los cuales se encontró, hasta los ochenta, la URSS. El gobierno soviético ideó utilizar la viruela como arma, en 1980, una vez erradicada, pues en el futuro nadie estaría protegido (inmunizado) contra el virus causante: toda la población mundial sería vulnerable a este agente, extraordinariamente contagioso. El descubrimiento de la capacidad de los *plásmidos bacterianos*, resistentes a los antibióticos, tan útiles para desarrollar los tratamientos más eficaces, fue rápidamente aplicado a la creación de armas bacteriológicas con cepas resistentes a estos fármacos. Los avances en tecnología de *ADN recombinante* se usaron para crear *virus híbridos*, combinaciones de ébola y viruela, etc.; el descubrimiento de los *péptidos neuroactivos* dio lugar a un programa para sintetizar agentes fabricantes de *neuropéptidos tóxicos*, etc.

Pese a que la investigación actual en la producción de virus y bacterias ha desatado la alarma mundial sobre las armas biológicas, el uso de microorganismos para atentar contra el enemigo no es nuevo. Algunos episodios del pasado constatan el aprovechamiento de los patógenos en la guerra, bien para infectar al hombre o para dañar sus cultivos y/o ganados. En el siglo VI antes de Cristo, los asirios envenenaban los pozos enemigos con comezuelo, un hongo que infecta al centeno y otros cereales. Se ha señalado, incluso, que la

epidemia de peste que asoló Europa en el siglo XIV y produjo la muerte de una cuarta parte de su población, se inició en 1346 durante el asedio de Caffa (Fedosia, Crimea). Los tártaros, que asediaban la plaza, sufrieron una epidemia de peste y contagiaron a los sitiados (genoveses) lanzado dentro de la ciudad cadáveres mediante catapultas. Los genoveses introducirían la enfermedad en Europa Occidental¹¹². En 1763, en su lucha contra los indios norteamericanos, los británicos usaron en Ford Pitt la estratagema de repartir entre los componentes de las tribus enemigas mantas que previamente habían sido usadas por afectados de viruela. Los indios, que tenían una resistencia muy baja a esta nueva enfermedad, murieron en gran número¹¹³. En 1797, Napoleón intentó infectar a los habitantes de Mantua con paludismo, durante su campaña en Italia¹¹⁴.

Gran Bretaña no ha sido reacia a la fabricación de este tipo de armamento. Durante la Primera Guerra Mundial, el gobierno británico almacenó cinco millones de raciones de alimento vacuno infectadas con *ántrax*, y estaba dispuesto a lanzarlas sobre los rebaños alemanes si los Imperios Centrales usaban armas bacteriológicas¹¹⁵. Al término de la guerra, equipos de investigadores británicos, estadounidenses y canadienses estaban efectuando experimentos con *bombas de ántrax antipersonales*, que nunca llegaron a fabricarse. De hecho, los alemanes ya habían descubierto, en el caso del gas mostaza y el cloro, que algunas armas no eran fiables porque actuaban indiscriminadamente: un cambio en la dirección del viento bastaba para que los muertos por gas fueran soldados propios¹¹⁶.

Los japoneses realizaron durante la Segunda Guerra Mundial una serie de experimentos en su *campo de concentración 731* de Manchuria con este tipo de armas: llevaron a cabo pruebas con prisioneros a los que provocaron infecciones de botulismo, encefalitis, viruela y otras enfermedades. No hay datos sobre la cantidad de muertes que se causaron: se calcula que las producidas en China relacionadas con armas biológicas japonesas fluctúa entre *varios miles*¹¹⁷ y *cientos de miles*¹¹⁸. Después de la guerra, Estados Unidos desarrolló armas que causaban ántrax, fiebre amarilla, tularemia, brucelosis y otros estados febriles, además de enfermedades que atacaban los cultivos. Debido a los experimentos británicos con el ántrax, la isla escocesa de Gruinard tuvo que permanecer clausurada durante décadas¹¹⁹. Así nos encontramos con que un mal uso de estas armas puede, literalmente, modificar un ecosistema. Asimismo, cualquier ejército que mantenga

112.-"Manual Informativo de Defensa Biológica", Madrid: Dirección de Enseñanza del Ejército de Tierra, 1986, p.11.

113.-Ibíd.

114.-Ibíd.

115.-JAMA, "Anthrax as a biological weapon", *Medical and Public Health Management*, vol. 281, nº 18, (12 de mayo de 1999).

116.-Ibíd.

117.-SIPRI, *Yearbook 1996:...*, op. cit., p. 687.

118.-"News Chronology, Chemical Weapons Convention Bulletin", 31 de julio de 1995.

119.-"Manual Informativo de Defensa Biológica", Madrid: Dirección de Enseñanza del Ejército de Tierra, op.cit., p. 12.

un arsenal de estas armas crea un peligro para la salud de sus propias tropas. En 1979, un total de 96 personas enfermaron y 69 murieron en un brote de ántrax en Sverdlovsk, en la antigua URSS. En aquel entonces los soviéticos sostuvieron que había surgido debido a un lote de carne contaminada. Más tarde se supo que se había producido a raíz de una explosión en un centro de armas biológicas situado cerca de dicha localidad¹²⁰.

Uno de los últimos episodios de empleo de biológicas tenía lugar entre 1985 y 1989, en la guerra entre Irán e Irak, donde se usaron materiales biológicos como el *bacillus anthracis*, la *toxina botulínica*, el *clostridium tetani*, etc. Tras la guerra, la Comisión Especial de las Naciones Unidas (UNSCOM) que investigó el complejo químico-militar irakí, descubrió la posesión de armas biológicas por este país hasta un total de 19.000 litros de *clostridium botulinum* y 8.400 litros de *bacillus anthracis*, entre otros.

Estas armas plantean peligros de uso por parte de grupos terroristas. Al respecto existen también datos históricos, algunos de ellos muy discutidos. En 1982, por ejemplo, la policía de Los Ángeles y agentes del FBI arrestaron a un sujeto que se preparaba para envenenar los sistemas de agua de la ciudad con un *veneno biológico*. En 1984, según *United Press International*, adeptos de un grupo religioso contaminaron las ensaladas de varios restaurantes locales en Oregón, con el agente causante de tifus (*salmonella typhi*) y lograron envenenar a 750 personas. También en los años ochenta, se descubría en París un apartamento convertido en un laboratorio de producción de *clostridium botulinum*. Su inquilino, médico de día y *terrorista por la noche*, cultivaba los microorganismos en una colección de botes dentro de la bañera¹²¹.

La base datos elaborada por el *Monterey Institute of International Studies* (California)¹²², relativa a las armas de destrucción masiva, indica que los incidentes en los que se han usado agentes biológicos han sido raros: 66 eventos criminales y 55 terroristas en un período de 40 años, de 1960 a 1999. Los registros históricos incluyen algunos casos en los que criminales o terroristas pretendieron provocar víctimas masivas con agentes biológicos y en ninguno de ellos tuvieron éxito. Sólo ocho ataques criminales con este tipo de agentes ocasionaron víctimas: 29 muertes y 31 lesionados. De los ataques terroristas con agentes biológicos, sólo uno resultó con víctimas: el uso por el culto *Rajneeshee* en 1984 de la bacteria *Salmonella Typhimurium* para contaminar ensaladas de restaurantes de *The Dalles*, Oregón. Este evento causó 751 casos de envenenamiento, ninguno de ellos fatal. Los incidentes de bioterrorismo registrados en la Base de Datos Monterrey son extremadamente diversos en términos de tipo de grupo y motivación. La tendencia en años recientes ha sido más del terrorismo de ala izquierda y de grupos nacionalistas-separatistas en individuos o en grupos comprometidos en actos de *venganza política*. También ha

120.-Ibíd.

121.-Cf., en Internet, <http://www.miis.edu/>.

122.-Ibíd.

habido un incremento aparente en incidentes perpetrados por sectas violentas o cultos que creen en la profecía apocalíptica¹²³.

Aunque la motivación de infligir víctimas masivas existe, sin embargo, pocos grupos terroristas poseen los recursos científicos y técnicos requeridos para la liberación exitosa a gran escala de un agente biológico. El grupo *Aum Shinrikyo*, que tiene considerables recursos y expertos científicos, falló en diez atentados para llevar a cabo ataques tipo *aire-abierto* contra blancos urbanos con esporas de antrax o toxinas de botulismo diseminadas con aerosoles. Los registros históricos del bioterrorismo involucraran probablemente actos místicos y relativamente ataques en pequeña escala, como los de contaminación de alimentos. Sin embargo, la difusión de tecnologías relevantes para la producción de agentes biológicos y toxinas y la potencial disponibilidad de científicos e ingenieros anteriormente empleados en programas biológicos, como los de la Unión Soviética y Sudáfrica, sugieren que las barreras técnicas para el bioterrorismo con víctimas masivas están erosionadas¹²⁴.

2.-Principales agentes biológicos. Características generales

Hay que tener en cuenta que una posible guerra biológica no tiene por qué desencadenarse, ni mantenerse, mediante el empleo de agentes biológicos conocidos, pues caben múltiples posibilidades de asociaciones de gérmenes, así como el descubrimiento de nuevos agentes o toxinas no conocidos actualmente, o el empleo de mutantes genéticos de gérmenes ya conocidos¹²⁵.

Los microorganismos, denominados también microbios o gérmenes, son formas vivas unicelulares. Carecen de sistema digestivo (se nutren a través de la membrana que les rodea), de sistema termorregulador y adquieren la temperatura del medio en que se encuentren. Los microorganismos que son capaces de producir enfermedades se denominan *patógenos*, y suelen ser parásitos; es decir, viven en un organismo diferente (vivo o muerto) y a expensas de él obtienen los medios de nutrición necesarios para la subsistencia. Sin embargo, la mayor parte de los microorganismos no son patógenos y son de gran utilidad para la vida de animales y vegetal: varios antibióticos se obtienen a partir de ellos, como son la penicilina y estreptomycin. Otros se necesitan para la fermentación del pan, la preparación del vinagre, la cura del tabaco o para darle fertilidad al suelo, como sucede con los abonos animales sobre la tierra de labor.

123.-Ibíd.

124.-TUCKER, Jonantan B, "Historical trends related to bioterrorism: an empirical analysis", *Revista Biomédica* (Publicación del Centro de Investigaciones Regionales Dr. Hideyo Noguchi-Facultad de Medicina Universidad Autónoma de Yucatán, Méjico), vol. 10, n° 3, en http://www.uady.mx/~biomedic/rev_biomed/html/rb991038.html.

125.-"Manual Informativo de Defensa Biológica", Madrid: Dirección de Enseñanza del Ejército de Tierra, op. cit., p. 19 y sis.

La distribución de los microorganismos es muy amplia en el agua, aire y suelo. En la piel del hombre se encuentran millones en fase de latencia, no patógenos, ya que precisan de ciertas condiciones ambientales para que se produzca su desarrollo hacia la patogenicidad. Una clasificación de tipo de agentes incluye los siguientes¹²⁶:

1. **-Bacterias:** Las bacterias son microorganismos unicelulares, ampliamente distribuidos por la Naturaleza en el agua, aire, suelo, animales en descomposición o en animales y plantas vivas. Se conocen en la actualidad unas 2.000, de las cuales más de 100 son patógenas para el hombre. Son de diferentes formas, y de acuerdo con éstas se clasifican en bacilos, en forma de varilla; cocos, redondeados o esféricos, y espirilos, en forma espiral. Su movilidad se lleva a cabo por movimientos de inflexión de su cuerpo, o por la emisión de flagelos, como ocurre con el bacilo tífico. Los cocos no son móviles. Las bacterias producen gran cantidad de procesos patológicos en el hombre, animales y plantas. Los estafilococos, estreptococos, gonococos y meningococos producen la fiebre reumática, escarlatina, gonorrea y meningitis, respectivamente. Bacilos o bacterias abastoadas son los productores de la difteria, tuberculosis, tétanos, botulismo, fiebre tifoidea, peste bubónica, tularemia, etc. La difteria, el tétanos, la gangrena gaseosa y el botulismo son producidos principalmente por las toxinas originadas por estos bacilos.

2. **-Rickettsias:** Son microorganismos parásitos intracelulares, cuya naturaleza aún no es bien conocida, pero generalmente se les considera en una posición intermedia entre las bacterias y los virus, no sólo en su tamaño, sino también en su forma y en sus necesidades para el crecimiento y desarrollo. La mayoría de las rickettsias se encuentran en artrópodos, como pulgas, moscas, piojos, etc., y se transmiten al hombre cuando estos artrópodos le pican. Como son parásitos intracelulares, tienen afinidad por determinados tipos de células del cuerpo humano. No crecen en medios de cultivo artificial. Su tamaño es de 0,3 a 0,5 micrones, y al igual que las bacterias, adoptan varias formas, bien redondeadas, o de pequeños bastoncillos. Son inmóviles, no filtrales y no esporulan, por lo que fácilmente mueren por acción del calor, deshidratación o desinfectantes. Patogénicamente, la mayor parte de las rickettsias se incluyen en uno de los siguientes grupos: *tifus murino*, *fiebre manchada de las Montañas Rocosas* y *fiebres Tsutsugamushi*, todas clínicamente similares, con un cuadro de fiebre, erupción en la piel y alteraciones del sistema nervioso central.

3. **-Virus:** Son microorganismos intracelulares de células animales, vegetales o microbianas, de tamaño microscópico, compuestos por material genético (ARN o ADN) y una capa protectora. Carecen de mecanismos biosintéticos ni de generadores de energía, por lo que su reproducción (*replicación vírica*) exige la participación activa de la célula que los alberga, con lo cual son parásitos intracelulares obligados

4. **-Hongos:** Son organismos pertenecientes al reino vegetal, sin función de fotosíntesis, que se nutren descomponiendo la materia orgánica. Pueden ejercer una

126.-Ibíd.

acción directamente patógena sobre el hombre y los animales o de forma indirecta por medio sustancias metabólicas tóxicas (micotoxinas).

5. **-Protozoos:** Constituyen la forma más elemental del reino animal. Son organismos unicelulares con funciones más complejas que el resto de los microorganismos. Su tamaño se aproxima al poder de resolución del ojo humano.

6. **Toxinas**, que se clasifican de acuerdo con el siguiente listado¹²⁷.

1. **-Fitoxinas:** sintetizadas por algunas especies vegetales, entre las que se incluyen *la estricnina, el curare, la ricina* y, sobre todo, las micotoxinas, producidas por hongos. De éstas últimas, las de mayor interés militar son los *tricotecenos*, de altísima toxicidad.

2. **-Fitotoxinas:** sintetizadas por animales, como ciertos venenos de ofidios, arácnidos, batracios, peces, etc.

3. **-Toxinas bacterianas:** Son sintetizadas por algunas bacterias. Se distinguen dos tipos:

a-Exotoxinas (*toxina botulímica, tetánica*). Se produce en la actividad normal de la bacteria, liberándose al exterior sin necesidad de rotura de la pared celular bacteriana. Se trata de sustancias con una capacidad tóxica superior que cualquier otro veneno conocido, como el arsénico o la estricnina; por ejemplo, un microgramo de toxina botulímica es capaz de matar a una persona por vía digestiva.

b-Endotoxinas. Son sustancias que sólo se difunden al exterior si se produce la destrucción de la bacteria que las origina, como por ejemplo, las enterobacterias, como la *salmonella*, las *shigellas*, etc.

3.-Métodos de diseminación y daños

Pueden diseminarse mediante aerosoles, liberación de vectores o liberación directa por sabotaje. Un agente biológico bajo forma de aerosol se define como una suspensión de partículas transportadas por el aire, en las que se contienen agentes biológicos. El aerosol se forma mediante la explosión de municiones o desde depósitos con un generador de *spray*, que a su vez se pueden acoplar a aeronaves, vehículos, etc.

La liberación mediante vectores se produce cuando los agentes se diseminan mediante artrópodos o insectos portadores, tales como mosquitos, moscas, piojos, garrapatas, etc.

¿Qué daños provocan estas armas? Pequeñas cantidades de microorganismos producen efectos devastadores, las armas biológicas son inmensamente destructivas por su posibilidad de producir epidemias o pandemias. Es preciso tener en cuenta que sus

127.-“ORIENTACIONES DEFENSA NBQ”, OR7-003, op., ci.t, p. 3-4.

características son su infectividad, patogenicidad, virulencia, transmisibilidad, letalidad y persistencia¹²⁸. En un entorno adecuado, los agentes pueden multiplicarse y, por lo tanto, perpetuarse, quedando de forma indefinida y sin control en el ambiente. También pueden mutar, salvando cualquier medida protectora, ya sean vacunas o fármacos específicos. Son, además, crueles, ya que siembran el dolor y el terror como ningún otro tipo de armas. Tres días atormentadores tarda el ántrax en destruir la membrana de los pulmones e intestinos; otros tantos emplea la *toxina botulínica* en matar a su víctima por asfixia lenta... No obstante, existen en muchos casos vacunas y fármacos que permiten proteger a militares y civiles de sus efectos. Las primeras se utilizan de forma preventiva, es decir, antes de contraer la enfermedad, evitando la infección. Por su parte, los fármacos son generalmente eficaces en las primeras fases de la enfermedad. Existen también microorganismos sin tratamiento específico, como es el caso del ébola o del *virus de Marburg*. Aunque todo ello represente ciertamente una protección, si se esparciesen patógenos letales en una población, con o sin vacuna disponible, existiría un período de incubación en el que la enfermedad no se manifestará. Transcurrido este período, cientos o incluso miles de personas estarían ya infectadas, y otras tantas en la fase de incubación, dificultando una actuación sanitaria efectiva. Si se comparan con las armas nucleares, las armas biológicas tienen un índice de mortalidad más elevado y su producción es mucho más fácil y, desde el punto de vista económico, más barata. Es mucho más sencillo fabricar armas químicas y bacteriológicas que nucleares, cualquier país con una industria agrícola considerable puede modificar muy fácilmente sus pesticidas y fertilizantes para fabricar armas químicas y bacteriológicas. Además, según las lecciones extraídas en Irak por Naciones Unidas, a un Estado le resulta mucho más difícil mantener ocultas sus actividades de investigación y desarrollo de armas nucleares, pero no ocurre lo mismo respecto a las armas químicas y bacteriológicas. No se precisa un excesivo soporte tecnológico ni una alta cualificación para desarrollar los cultivos de microorganismos.

A pesar de todo lo anterior, no todo son ventajas. Si bien su producción es fácil, no lo es tanto una diseminación o distribución eficaz. La difusión de los agentes biológicos, como hemos visto, puede realizarse contaminando reservas de agua o de víveres, a través de aerosoles, animales (ratas, garrapatas, pulgas) o, incluso, de paquetes y cartas; sin embargo, muchos de los microorganismos son extremadamente sensibles a cambios de temperatura, falta de humedad y otras situaciones adversas. Por ejemplo, la *toxina botulínica* pierde eficacia con una pequeña cantidad de calor, por lo que hirviéndola no produce ningún daño. De ahí que el lanzamiento de los microorganismos a través de misiles o cohetes no sea fácil: la detonación del portador puede destruir los cultivos. El difícil control y el carácter impredecible de las armas biológicas hacen no se hayan usado masivamente, dada la dificultad de conocer sus efectos e, incluso, por el riesgo contaminar a la propia fuerza. Los microorganismos pueden verse afectados por multitud de factores ambientales, incluso vientos. Si es relativamente fácil calcular el radio de destrucción de una bomba nuclear, no ocurre así con estas armas: son *armas vivas*.

128.-Ibíd., p. 3-5 y sis.

4.-Prohibición

Como ya se mencionó, el Protocolo de Ginebra de 1925 prohibía los medios de guerra bacteriológicos. Sin embargo, al igual que para los gases asfixiantes, tóxicos y similares, este Protocolo no prohibía ni la producción ni el almacenamiento de armas biológicas. Japón empleó extensivamente contra China armas biológicas, al comienzo del decenio de 1940, en flagrante violación de las normas jurídicas internacionales. Entre los agentes diseminados por las fuerzas japonesas figuraban el cólera, el ántrax y otras plagas.

El uso de este tipo de armas se reguló por la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (BWC)*¹²⁹, que fue negociada entre 1969 y 1971 y abierta para la firma en 1972. Entró en vigor en 1975. Actualmente 140 Estados son partes en ella.

La BWC fue el primer verdadero tratado multilateral de desarme, pues fue la primera norma en proscribir toda una clase de armas. Los Estados partes se comprometieron a no desarrollar, producir, almacenar o adquirir o conservar nunca, de cualquier forma, agentes biológicos o toxinas, ni sus sistemas de difusión.

La BWC ha estado en vigor durante más de 20 años. Aunque representa un importante hito en el control de armamentos, una serie de acontecimientos acaecidos desde 1975 han llevado a algunos a afirmar que es muy débil y carece de credibilidad al faltarle disposiciones eficaces de verificación¹³⁰. Debido a alegaciones no resueltas sobre producción o empleo clandestinos de armas biológicas desde 1975, ha perdido mucha credibilidad. En 1980, Estados Unidos alegó que la epidemia de ántrax en Sverdlovsk, en la Unión Soviética, suscitaba dudas sobre el respeto de los rusos de las obligaciones emanadas de la BWC. En 1992, el Presidente Yeltsin admitió que en los 20 años anteriores había existido un programa de armas biológicas ofensivas y reconoció que la epidemia de ántrax en Sverdlovsk había ocurrido como resultado de la investigación militar para producir armas biológicas¹³¹, a pesar del tratado, que evidentemente se había incumplido por parte soviética. Las recientes revelaciones de la Comisión Especial de la ONU para Irak (UNSCOM) relativas a un programa de armas biológicas ofensivas de este país, al que

129.-*Convention on the prohibition of the development, production and stockpiling of bacteriological (biological) and toxin weapons and on their destruction* (el acrónimo BWC, por **B**iological **W**eapons **C**onvention es la denominación por la que es conocida internacionalmente), del 10 de abril de 1972, 11 ILM 3320, en en SCHINDLER/TOMAN, *The laws of armed conflicts*, op. cit., p. 137 (*convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas-biológicas y tóxicas y sobre su destrucción*). En marzo 24 de 1999, había 141 Estados Partes en ella.

130.-Cf. GOLDBLAT, Jozef "Convención sobre las armas biológicas. Consideraciones generales", *RICR*, n° 141 (mayo-junio de 1997), p. 263.

131.-*SIPRI Yearbook 1996*, op. cit., ps. 287 a 288.

había dedicado varios años para el desarrollo, la producción, el empleo bélico y la puesta a prueba de una serie de agentes biológicos, suministran más pruebas sobre la necesidad de fortalecer las disposiciones de la BWC¹³². Por otra parte, tras evaluaciones de los servicios secretos estadounidenses¹³³ y de la Federación de Rusia¹³⁴ se ha llegado a la conclusión de que unos ocho países tienen o están desarrollando capacidades para producir armas biológicas ofensivas. La mayoría de los Estados partes aceptan ahora que la Convención exige un mayor fortalecimiento mediante el desarrollo de procedimientos de verificación y control de cumplimiento¹³⁵. El proceso al respecto está bastante avanzado¹³⁶.

El análisis de la influencia que las preocupaciones humanitarias tuvieron en las negociaciones para la BWCA es similar al caso de la CWC. Nadie pone en duda los posibles efectos siniestros de una guerra biológica. Por lo tanto, es completamente justificado reconocer la importancia de celebrar un acuerdo multilateral para prohibir cualquier esfuerzo destinado a conseguir la capacidad de producir armas biológicas ofensivas, por no hablar de su empleo. Sin embargo, es preciso tener presente que los motivos fundamentales de la celebración de la BWC no fueron las consecuencias letales de estas armas en términos humanitarios, sino las preocupaciones por su proliferación y las dificultades para garantizar una defensa eficaz contra un ataque biológico. Asimismo, en las actuales negociaciones para un Protocolo a la BWC relativo a la verificación, la principal motivación es la seguridad nacional; las preocupaciones humanitarias son apenas complementarias.

VI.-RECEPCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LOS MALES SUPERFLUOS Y LOS DAÑOS INNECESARIO POR EL DERECHO ESPAÑOL

1.-Introducción

Las actuaciones, iniciativas e instrumentos jurídicos que hemos visto, han producido, en el ámbito interno español, una serie de efectos. España suscribió las Convenciones de Ginebra en 1952 y los Protocolos Adicionales en 1989. Respecto a la

132.-El programa de armas biológicas de Irak incluía una gama muy amplia de agentes y municiones. Entre ellos figuraban *agentes letales* (como el *ántrax*, la *toxina de botulinum* y el *ricino*), *agentes incapacitantes* (como *aflatoxinas*, *micotoxinas* y *rotavirus*) y *agentes económicos* (como un hongo que tizna el trigo).

133.-United States Congress, Office of Technology Assessment (OTA), *Proliferation of Weapons of Mass Destruction: Assessing the Risks*, OTA-ISC-559, 1993, p. 65, en <http://www.access.gpo.gov>.

134.-PRIMAKOV, Yevgeny, *New challenge after the Cold War: the proliferation of weapons of mass destruction*, informe del Servicio de Inteligencia de la Federación de Rusia, 1993, en <http://www.ndu.edu>.

135.-Sobre la base de las decisiones tomadas en la Conferencia Especial de Estados Partes en la BWC, en 1994.

136.-DUNCAN, Annabelle; y MATHEWS, Robert J., *Development of a verification protocol for the Biological Weapons Convention*, en GUTHRIE, Richard, *Verification 1996: The VERTIC Yearbook*, Londres, 1997, ps. 151-70.

Convención de Naciones Unidas sobre la prohibición de armas convencionales de 1980, se adhirió al Protocolo I, II y III en 1993, al IV en 1998, y al II enmendado, en 1996. La adhesión a los tratados ha producido no solo su incorporación al acervo jurídico nacional, sino la transformación del ordenamiento interno por vía de la innovación normativa. Así, se han dictado las siguientes leyes y normas administrativas:

1. Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas.
2. Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.
3. Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas.
4. Real Decreto 663/1997, de 12 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de la autoridad nacional para la prohibición de las armas químicas.
5. Real Decreto 1271/1997, de 24 de julio, por el que se crea la Representación Permanente de España en la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas con sede en La Haya.
6. Real Decreto 1315/2001, de 30 de noviembre, por el que se regulan las autorizaciones para la importación e introducción de las sustancias químicas a que se refieren las Listas 1 y 2 del anexo de la Convención de 13 de enero de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.
7. Instrumento de Aceptación por parte de España del Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996), anexo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, hecho en Ginebra el 3 de mayo de 1996.

Además de estas normas concretas, el ordenamiento español prohíbe el uso de aquellas armas que causen daños superfluos y males innecesarios, según se ha visto en el plano internacional. Efectivamente, en los dos códigos penales españoles vigentes a día de hoy, el ordinario (CP) y el militar (CPM) contienen sendas prohibiciones expresas, por vía de tipificación de conductas sancionables. El CPM (LO 13/85, de 9 de diciembre) tipifica como delito estas conductas en su Libro Segundo, Título Segundo (*Delitos contra las Leyes y Usos de la Guerra*), cuyo artículo 70 establece lo siguiente:

El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Por su parte, el Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre) también contiene un precepto semejante, aunque no coincida con el tenor literal del anterior. En su Libro II, Título XXV, Capítulo III (*De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*), nos encontramos con su art. 610, que establece lo siguiente:

El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

Como veremos a continuación, desde un punto de vista penal existen diferencias a consignarse entre ambos preceptos, derivadas más de la evolución del sistema internacional y del Derecho de los Conflictos Armados (entre ambos median diez años) que de fondo estrictamente penal. Antes de abordar tales temas, cabe preguntarse por qué razones se ha producido la absorción de la legalidad internacional en el Derecho español, lo cual nos llevará a indagar sobre la naturaleza jurídica de las normas absorbidas.

2.-La obligación de adaptación de la legislación española al Derecho Internacional

El art. 1, común a los cuatro Convenios de 1949, y el art. 1 del Protocolo I establecen la obligación incondicional para sus Estados Partes de lograr que sus órganos y las personas bajo su jurisdicción respeten tales disposiciones y de conseguir que las mismas sean observadas por los demás Estados.

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias.

Para ello es preciso proveer la ejecución interna de las normas convencionales internacionales, mediante su transformación en parte integrante del ordenamiento estatal respectivo. Ello tiene especial importancia, ya que hasta que se alcancen mecanismos efectivos de Derecho Penal Internacional, la represión nacional de los crímenes de guerra es una de las formas más habituales de protección frente a las frecuentes violaciones de las normas protectoras de las víctimas de los conflictos armados y de garantizar el cumplimiento del Derecho Internacional¹³⁷. En los *delicta iuris gentium*, que conculcan

137.-BAILEY, S., *Prohibitions and Restraints in War*, Londres: Oxford University Press, 1972, BAXTER, Richard R., *Ius in bello interno: The present and future law*, en MOORE, J. N., *Law and civil war in the modern world*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1974; ALDRICH, George H., *The Handbook of Humanitarian Law in armed conflicts*: Dieter Fleck ed., 1994; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO,

normas jurídico-humanitarias aplicables en situaciones de conflicto armado, los Convenios de 1949 distinguen tres tipos de infracciones, a saber:

1. Las infracciones graves (arts. 50 del I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV).
2. El empleo abusivo del emblema (arts. 53 del I y 44 del II).
3. Los actos contrarios a los Convenios distintos de las infracciones graves (párrafos terceros de los arts. 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV),

El Protocolo I de 1977 amplía la lista de las infracciones graves, disponiendo que todas ellas se considerarán como *crímenes de guerra* (art. 85), pasando a designar *infracciones* a los *actos contrarios* (arts. 85.1 y 86.1). Por su parte, el Protocolo II no contiene una lista de infracciones, siendo muy reducido su contenido normativo sustantivo en comparación con el del Protocolo I¹³⁸. Dado que el Estado es internacionalmente responsable por los hechos que le sean atribuibles y que integren una violación de las obligaciones establecidas a su cargo por el Derecho internacional, el Derecho Internacional Humanitario, en cuanto rama integrante de aquel, establece obligaciones cuya violación determina la responsabilidad del Estado, dado que, según rezan los Convenios de 1949¹³⁹, *ninguna Parte contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte contratante a causa de las infracciones previstas como graves*, en los propios Convenios.

El art. 91 del Protocolo I añade una norma general de responsabilidad a cuyo tenor *la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiera lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas*. Esta disposición se debe interpretar en un sentido tal que permita, por un lado, dar cabida a otras posibles formas de responsabilidad distintas de la simple indemnización (que pudieran llegar, en el caso de violaciones muy graves del Derecho Internacional, a la penal). Por otra, a extender su aplicación a los actos cometidos por no militares, como los funcionarios civiles o las autoridades de hecho¹⁴⁰.

Además de esta responsabilidad directa del Estado, por los actos ilícitos a él atribuibles, aparece la cuestión de la responsabilidad del individuo en ese mismo plano, por sus actos contra el Derecho Internacional (los ya aludidos *delicta iuris gentium*), es decir,

José Luis, "Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el conflicto de Bosnia-Herzegovina", *REDEM*, n° 65 (enero-junio de 1995).

138.-PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, SÁNCHEZ DEL RIO SIERRA, Javier, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, PIGNATELLI MECA, Fernando, PULGARIM DE MIGUEL, Francisco, y ANTÓN AYLLÓN, Manuel, "Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949", *REDEM*, n° 56-57 (julio-diciembre de 1990-enero-junio de 1991).

139.-Art. 51 del I, 52 del II, 131 del III y 148 del IV.

140.-ALDRICH, George H., *The Handbook of Humanitarian Law in armed conflicts*, op. cit.

por aquellos comportamientos individuales gravemente contrarios a las exigencias elementales de la convivencia internacional, entre los que se encuentran los delitos de guerra en sentido estricto, los delitos contra la paz y las violaciones de obligaciones internacionales de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad¹⁴¹. El Derecho Penal Internacional se ha desarrollado, hasta la Corte de Roma, a un ritmo acelerado en los últimos años, pero sus instrumentos propios no liberan a los Estados de sus obligaciones. Los cuatro Convenios de 1949¹⁴² y el Protocolo I de 1977, establecen una punición de los delitos contra el Derecho de Gentes, que, de acuerdo con los principios éticos y las reglas del Derecho Internacional, muy precisa. Todos los Estados tienen el deber de prevenirlos y, en su caso, reprimirlos¹⁴³. En este sentido, establecen una obligación concreta: sus Estados Partes deben tomar todas las medidas legislativas que sean necesarias para determinar las sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido o dado orden de cometer cualquiera de las infracciones graves¹⁴⁴. Así, el Protocolo I establece, en su art. 86.1, como deber de sus Estados Partes, *reprimir las infracciones graves*. Su art. 86.2 añade una significativa cláusula que proclama que aunque la infracción de los Convenios o del Protocolo haya sido cometida por un subordinado, no exime de responsabilidad penal o disciplinaria a sus superiores si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que tal subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción, y si no tomaron todas las medidas factibles a su alcance para impedir o reprimir tal infracción¹⁴⁵. Finalmente, tanto los Convenios como el Protocolo I¹⁴⁶ consolidan la posibilidad de incriminación y castigo de los culpables de estos actos delictivos, incorporando sendas cláusulas que responden al principio *aut iudicare aut dedere*¹⁴⁷.

3.-Consideraciones previas

En la llamada delincuencia de guerra se integran los actos antijurídicos o contrarios al Derecho de los Conflictos Armados de mayor gravedad. En cuanto delitos, los de guerra aparecen como violaciones específicas de las normas jurídicas integrantes de la normatividad internacional que regulan el desarrollo de los conflictos armados. Este

141.-BUERGENTHAL, Th., *Contemporary issues in international law: Essays in honour of Louis B. Sohn*, Arlington: Engel, 1984.

142.-BINDSCHEDLER-ROBERT D., *Reconsideration du droit des conflits armés*, Ginebra: Carnegie, 1969.

143.-SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. II: *The Law of Armed Conflicts*, Stevens, Londres, 1968; BASSIOUNI, M.C.; y NANDA, P., *A Treatise on International Criminal Law*, Springfield, 1973; T. GRADITZKY, T, "La responsabilidad penal individual por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situaciones de conflicto armado no internacional", *RICR*, nº 145, enero-marzo de 1998, p. 31.

144.-Párrafos primeros de los arts. 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV.

145.-GREPPI, Edoardo, "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional", *RICR*, nº 835, ps. 531 y sis.

146.-Segundos párrafos de los arts. 49 del -I, 50 del II, 129-del III y 146 del IV y art. 88 del Protocolo I.

147.-BEST, C., *Humanity in warfare; the modern history of the international law of armed conflict*, Londres: Weidenfels and Nicolson, 1980.

bloque de legalidad internacional está integrado por normas consuetudinarias y positivas, acordadas convencionalmente. La normatividad internacional concibe los delitos de guerra como delitos internacionales caracterizados por su conexión con el hecho bélico, es decir, como violaciones de la normativa internacional que rige los conflictos armados¹⁴⁸. No obstante, estos delitos internacionales presentan ciertas peculiaridades, ya que, por un lado, no se define formalmente el delito internacional, de modo que sólo son tales las acciones u omisiones que una norma de Derecho internacional define como delito de tal clase. Por otro, el delito internacional no aparece adicionado con una pena concreta, quedando esta al arbitrio del juzgador (nosotros diríamos que del legislador interno, en la mayoría de los casos), por lo que más que de penas conviene hablar de sanciones.

El Derecho internacional intenta organizar, mediante el Derecho Internacional Penal, el control represivo de las infracciones que, contra aquel, cometan los individuos. Pero como el orden jurídico internacional carece de tribunales, al menos con carácter permanente¹⁴⁹, salvo dos excepciones (Ruanda y Yugoslavia, la Corte de Roma aún no se ha activado realmente), de procedimiento y de sanciones que imponer (o, mejor dicho, de fuerza coactiva para imponerlas¹⁵⁰), a lo único que ha llegado, con carácter permanente, ha sido a definir las infracciones, y ello, en general, de manera inconcreta. Respecto a las infracciones del Derecho de los Conflictos Armados, los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a ellos de 8 de junio de 1977 establecen un sistema al respecto. En efecto, la normativa internacional humanitaria aparece integrada por un conjunto de reglas que establecen una serie sistematizada de obligaciones, de comportamiento o de resultado, de donde se derivan prohibiciones implícitas (las actuaciones contrarias a las obligaciones de comportamiento, positivo o negativo) y explícitas (las expresamente establecidas). Constituyen las transgresiones de tales obligaciones las llamadas *infracciones*. Según la normativa internacional citada, y en función de la intensidad o gravedad que alcancen tales violaciones, sus resultados o efectos, se clasifican de acuerdo con el siguiente esquema¹⁵¹:

1. *Graves* (crímenes de guerra en sentido estricto, a tenor de lo prevenido en el art. 85.5 del Protocolo I), que son las de mayor entidad delictiva, configuradas (al menos, en parte) como tipos específicos y cuya

148.-CALOGEROPOULOS-STRATIS, A., *Droit humanitaire et droits de l'homme: la protection de la personne en période de conflit armé*, Ginebra: IHEI, 1980.

149.-SCHWARZENBERGER, V. G., *International Law as applied by International Courts and Tribunals, vol. II, The Law of Armed Conflict*, Londres: Stevens, 1968.

150.-DIAZ BARRADO, Cástor, "La pretensión de justificar el uso de la fuerza armada con base en consideraciones humanitarias. Análisis de la práctica internacional contemporánea", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XL (1988).

151.-DORANDEU, Henri, MARTÍNEZ, Jean-Claude, y FURET, Marie-Françoise, *La guerre et le droit*, París: Pedone, 1979; VV.AA., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Ginebra: CICR/Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

enumeración se contiene en los Convenios (arts. 50 del I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV) y en el Protocolo I (arts. 11 y 85)

2. *Actos contrarios* (según la terminología de los Convenios), *demás infracciones* o *simples infracciones* (según la dicción Protocolo I en sus arts. 86.1 y 85.1, respectivamente y en el art. 6 del Protocolo II), que son las de menor entidad o gravedad, generalmente sin configuración en tipos concretos, e integradas por transgresiones de reglas u obligaciones de comportamiento sin calificación especial.

La represión internacional de los actos que contravienen las leyes, usos, normas y regulaciones de la guerra ha evolucionado gradualmente a lo largo de la Historia, si bien con una característica común: en todas las actuaciones judiciales relativas a los crímenes de guerra, las acusaciones se han dirigido contra personas individuales sobre la base de transgresiones de normas provenientes del Derecho de Gentes. Su responsabilidad se ha construido y exigido por su participación en la decisión o ejecución, total o parcial, de acciones consideradas como infractoras de esas regulaciones o por no haber intervenido para impedir su producción¹⁵². La represión de estas infracciones está convencionalmente atribuida a los Estados que son Partes en los Convenios y Protocolos o que sean Partes en el conflicto armado¹⁵³, según la naturaleza de la infracción de que se trate. De modo que, respecto a las infracciones graves (constitutivas de los delitos o crímenes de guerra en sentido estricto o propio), se comprometen los Estados a *tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves*. Obsérvese cómo el término *adecuadas* implica una absoluta libertad de cada legislación interna en orden a la fijación concreta o a la determinación de la penalidad a imponer a cada una de estas infracciones. Respecto a los *actos contrarios, demás infracciones* o *simples infracciones* (crímenes o delitos menores, o violaciones menores de la normativa internacional bélica), la obligación implica tomar o adoptar las medidas *necesarias* (es decir, las que, según las circunstancias de tiempo o lugar, oportunas o proporcionadas), *para hacer que cesen* tales actos, lo que, no es óbice para que, de estimarlo así oportuno, pueda un Estado Parte adoptar medidas más graves y prever la sanción penal de estas violaciones en su ordenamiento penal, tal y como, en uso de su potestad soberana al respecto, ha hecho el legislador español en el ordenamiento penal castrense y, siguiendo la técnica sentada en éste, en el Código Penal.

4.-Antecedentes legislativos españoles

152.-ZOLLER, E., "La définition des crimes contre l'humanité", *Journal du droit international*, 1993, p. 549.
 153.-Arts. 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III, 146 del IV, 86 del Protocolo I y 28 de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954; Cf. DOPPLER, Bruno; FERRETTI, Aleardo y GACOND, Jean-Jacques, *El derecho de la guerra-Cuadernos pedagógicos para instructores*, Ginebra: CICR, en <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf>.

Los códigos penales vigentes no han nacido de la nada, espontáneamente, sino que, en lo que nos ocupa ahora, son producto de un fenómeno histórico de onda larga. El Derecho español ha acudido, para la prevención y sanción positiva (represión nacional) de los delitos de guerra, tradicionalmente, a los Códigos militares¹⁵⁴. Estos cuerpos normativos contenían, además de prescripciones legales, unas normas deontológicas comunes en las Fuerzas Armadas occidentales: cierto espíritu, que en Europa ha formado un código ético de comportamiento militar generalmente extendido, que obligaba al soldado a combatir de tal forma que fuera siempre *honorable y civilizado*¹⁵⁵. No olvidemos que los dos últimos siglos han dibujado, gracias a VIGNY, PSICARI, ALARCON, BARADO, WREN, D'AMICIS, KIPLING, REMARKE, LARTEGUY e incluso PEREZ REVERTE, un Ejército occidental, cuyo modelo se ha extendido a la comunidad internacional, intemporal, abstracto, poseedor de unas virtudes comunes, que vive bajo los mismos principios, con independencia de la patria a la que sirve, contenidos en ese código propio, a veces incomprensible para el profano, estéticamente muy hermoso y cuyos antecedentes encuentran en las *leyes de la caballería*. A pesar de existir este código, fue preciso que transcurrieran varios siglos antes de que se sentaran las bases para la incriminación de individuos por crímenes de guerra, considerados como violaciones graves al Derecho aplicable en los conflictos armados. En España, los primeros indicios de la regulación de estas materias se contienen en los Fueros medievales de la Reconquista, en las *Leyes de Indias*, dictadas para regular las relaciones de los conquistadores (militares) con la población indígena de América, y en los *Bandos* dictados en el siglo XVI por los Capitanes Generales en las campañas de Italia y Flandes, citados por QUATREFAGES¹⁵⁶ y PARKER¹⁵⁷. También destacan varias ordenanzas españolas en las que se abordan estos temas, como por ejemplo, las siguientes:

- Ordenanza de 13 de mayo de 1587, dada por Alejandro de Farnesio¹⁵⁸, conocida como *Primera de Flandes*.
- *Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, que llaman de Flandes*¹⁵⁹ (*segunda de Flandes*, para distinguirla de la anterior).
- *Ordenanzas de Carlos III*, de 22 de octubre de 1768, tituladas *Ordenanzas de*

154.-VV.AA., *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid: Cívitas, 1988.

155.-En los preámbulos de los instrumentos de Derecho Humanitario del siglo XIX hay muchas referencias a las restricciones exigidas en la guerra por la civilización, como la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra: *Considerando que los progresos de la civilización deben tener por efecto mitigar lo que sea posible las calamidades de la guerra...*; o el Convenio II de La Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre: *Animados del deseo de servir... los intereses de la humanidad y las siempre crecientes exigencias de la civilización...*

156.-QUATREFAGES, René, *Los Tercios*, Madrid: Ediciones Ejército, 1983.

157.-PARKER, Geoffrey, *El ejército de Flandes y el Camino Español, 1567-1659*, Madrid: Alianza, 1991.

158.-Museo Naval de Madrid, S. 11611.

159.-PORTUGUÉS Y MORENTE, José Antonio, *Colección General de Ordenanzas Militares de España desde 1551 hasta 1758*, Madrid: 10 tomos, 1746-65.

*S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*¹⁶⁰.

Las colecciones de PORTUGUÉS¹⁶¹, COLÓN DE LARRIÁTEGUI¹⁶², VALLECILLO¹⁶³ o BACARDÍ¹⁶⁴ contienen éstas y otras normas semejantes, en las que ya se hace referencia al comportamiento que debía someterse el militar español en relación con la población civil de territorio ocupado, con el enemigo, el respeto a los heridos y prisioneros, etc. Sin embargo, hasta la guerra civil norteamericana (1861-1865), no aparecerá una norma jurídica en sentido estricto, pública, de aplicación general, coactiva y sancionadora en la que se regule ordenadamente estas materias. Como consecuencia de la crueldad de los encuentros y batallas de la guerra, LINCOLN promulgó el 24 de abril de 1863 su famoso *Código Lieber*¹⁶⁵, contenido en sus *Instrucciones del Gobierno para el Ejército en Campaña*. Este texto fue usado como base principal para elaborar los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, que influyeron, a su vez, en textos ulteriores. La importancia de considerar la guerra como una actividad lícita en esa época, queda reflejada en el artículo 67 del *Código Lieber*, según el cual el Derecho de Gentes permite que cada Estado haga la guerra contra otro Estado y, por lo tanto, no admite normas o leyes diferentes de las propias de la guerra regular:

Art. 67. The law of nations allows every sovereign government to make war upon another sovereign state, and, therefore, admits of no rules or laws different from those of regular warfare, regarding the treatment of prisoners of war, although they may belong to the army of a government which the captor may consider as a wanton and unjust assailant.

La ley se basaba, pues, en lo que se juzgaba necesario para vencer al enemigo y prohibía lo que se consideraba una crueldad innecesaria: la *necesidad militar*, tal como la entienden las naciones *modernas y civilizadas*, consiste en tomar las medidas indispensables para garantizar el final de la guerra, y que son legítimas de conformidad con

160.-VALLECILLO, Antonio, *Ordenanzas de S.M. para el Régimen Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos ilustradas por artículos con las Reales Ordenes expedidas hasta la fecha de esta edición*, Madrid: Imprenta de los Señores Andrés y Díaz, Plazuela del Duque de Alba nº 4, 3 ts., 1850.

161.-PORTUGUÉS Y MORENTE, José Antonio, *Colección General de Ordenanzas Militares de España...*, op. cit.

162.-COLÓN DE LARRIATEGUI Y XIMENEZ DE EMBUN, Félix, *Juzgados Militares de España*. Viuda de Ibarra, hijos y Cía. Madrid, 1788.

163.-VALLECILLO, Antonio, *Ordenanzas de S.M. para el Régimen Disciplina, Subordinación...*, op., cit.; y del mismo autor, *Legislación Militar de España Antigua y Moderna, recogida, ordenada y recopilada por D. Antonio Vallecillo*. Madrid, Establecimiento tipográfico de T. Fortanet. 13 Tomos. Año 1853.

164.-BACARDÍ, Alejandro de, *Nuevo Colón o Tratado del Derecho Militar de España y sus Yndias*, Barcelona: Imprenta de Narciso Ramírez, 1858; y del mismo autor, *Diccionario de Legislación Militar*, Barcelona: Imprenta de Sucesores de Narciso Ramírez y Cía., 1885.

165.-Cf. *Instructions for the Government of Armies in the Field*, 24 de abril de 1863, op. cit; SCHINDLER y TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, op. cit.

el Derecho y los usos de la guerra:

Art. 14. Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.

Reconocía, ya en el siglo pasado, la ilicitud de los comportamientos bélicos encaminados a producir un daño, por su empleo, superior a los inherentes a la propia guerra. Esta afirmación es el contenido básico de la doctrina de los *males superfluos* o *innecesarios*. La necesidad alegada por los Estados de no disminuir su potencia militar tiene como consecuencia que la prohibición o la limitación del empleo de ciertas armas o de ciertas formas de combatir sólo puede aceptarse de acuerdo con los imperativos militares. Sin embargo, éstos deben tener límites, ya expresados en el preámbulo de la *Declaración de San Petersburgo* de 1868, por lo que respecta a la prohibición del empleo de ciertos proyectiles en tiempo de guerra:

- 2) *El único objetivo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo;*
- 3) *A este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;*
- 4) *Este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas, que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate o haría su muerte inevitable;*
- 5) *El empleo de armas semejantes sería contrario, por lo tanto, a las leyes de la humanidad.*

Unos años después de promulgarse este texto, vio la luz, en España, el *Reglamento de Campaña* aprobado por Ley de 5 de enero de 1882¹⁶⁶, cuyo art. 851 aludía a las *leyes de la guerra*, a las que negaba un carácter jurídico y sí moral, propio de la deontología profesional del militar europeo. Afirmaba que estas *leyes de la guerra* se habían establecido...

...sin más garantía que la buena fe, como todo el Derecho Internacional, pero van logrando dar a la guerra carácter más humano y caballeresco, aminorando antiguos e inútiles desastres.

La comparación del modelo español con el *Código Lieber* resulta favorable a la regulación norteamericana, en las que se recogía tanto la costumbre internacional, positivizándola en el Derecho Interno, como establecía asimismo un sistema penal represor, inherente a la tipificación de comportamientos ilegales en la conducción de las hostilidades.

166.-*Colección Legislativa del Ejército*, Madrid: Imprenta Litografía del Depósito de Guerra, 1903, año 1882.

Dos años después del *Reglamento de Campaña*, en 1884, se corrigió esta situación con el Código Penal del Ejército, que en un Título específico y bajo la rúbrica de *Delitos contra el Derecho de Gentes*, aparecen unas prescripciones que tipificaban como delitos ciertas conductas típicas que entrañaban una vulneración de la costumbre internacional. Así, su art. 104 castigaba al militar que...

...sin motivo justificado o sin autorización competente (...) violare tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo o entre sus fuerzas beligerantes, siempre que de sus resultas sobreviniere (...) o se produjeran violencias o represalias.

Asimismo, castigaba las siguientes acciones:

- 1.-El militar que obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, les maltratare de obra, les injuriare gravemente o privare del alimento necesario.*
- 2.-El que atacare, sin necesidad, hospitales o asilos de beneficencia, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos.*
- 3.-El que destruyere en territorio amigo o enemigo Templos, Bibliotecas, Museos, Archivo u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de guerra.*

El *Código Penal de la Marina de Guerra*, de 1888, reprodujo la práctica literalidad de los preceptos reseñados, en su Título I, en un capítulo aparte, bajo el nombre genérico de *Delitos contra el Derecho de Gentes*. Por su parte, el *Código de Justicia Militar* de 1890, bajo la rúbrica de *Delitos contra el Derecho de Gentes, devastación y saqueo*, en Capítulo aparte, se recogen los antedichos delitos y se incluye uno nuevo, la *devastación y saqueo* (art. 233), para...

...los militares que, prescindiendo de la obediencia a sus jefes, incendien o destruyen edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los pueblos o caseríos, o cometan actos de violencia en las personas.

Asimismo, se castigaba al que despojara de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos (art. 235), y al militar que en la guerra despojara y se apropiara del dinero o alhajas que sus compañeros de armas muertos en el campo de batalla llevaran sobre sí (art. 236)¹⁶⁷.

167.-¿Se cumplieron estas normas? Según ciertas opiniones, no. Así, VARONA HERNÁNDEZ afirma que el comportamiento de las fuerzas españolas en la Guerra de Cuba fue contrario al Derecho de Gentes. Como ejemplos de decisiones y normas contrarias al mismo, señala, por ejemplo, el *Bando de Piratería* de marzo de 1869, la *Proclama de Valmaseda*, de 4 de abril de 1869 y el *Bando de Reconcentración de Weyler*, de 21 de octubre de 1896. En la *Proclama de Valmaseda*, se estableció, además de otros extremos, lo siguiente: *I.- Todo hombre, desde la edad de 15 años en adelante, que se encuentre fuera de su finca, como no acredite un*

El Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, siguió el precedente del Código de 1890, regulando, en el Capítulo III del Título VIII (*Delitos contra la seguridad de la Patria*) del Tratado Segundo, y bajo la rúbrica *Delitos contra el Derecho de Gentes, devastación y saqueo* (arts. 279 al 285), estos delitos, a los que añadió la requisita indebida o innecesaria de edificios u objetos muebles (art. 284) y la no formalización, tan pronto como fuese posible y debidamente, de la requisita efectuada (art. 285). La regulación del Código de 1945 fue muy criticada, sobre todo por las insuficiencias de que pronto adoleció a la luz de los Convenios de 1949, que fueron ratificados por España el 4 de agosto de 1952, y la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que lo fue el 7 de julio de 1960) y que ni siquiera fueron tenidas en cuenta en la reforma introducida por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que dejó el Capítulo como estaba.

El Código de Justicia de Militar de 1945, como sus precedentes, configuraba estos delitos como especiales, si bien con notoria falta de claridad y técnica, pues unas veces tenía en cuenta solamente la naturaleza de la acción (con independencia del carácter o condición del sujeto activo) y otras tomaba en consideración tanto la naturaleza de la acción como la condición de militar del agente; asimismo, en unos casos se hacía referencia al tiempo de la acción (hablando o situándola en *tiempo de guerra*), o al sujeto pasivo (*el enemigo*), mientras que en otros casos, y dada la rúbrica general bajo la que los preceptos habían quedado encuadrados, estas precisiones se dieron por supuestas, omitiéndose las referencias concretas. Ya en 1959, se estimaba que esta materia debía trasladarse a nueva sede, desde el Título VIII que en el Código de Justicia Militar de 1945 se refería, genéricamente, a los *delitos contra la seguridad de la Patria*, ya que estos, obviamente, responden a un interés jurídico nacional (la seguridad del Estado que encarna a aquella Patria), pero no al interés internacional o interestatal en que, por su propia naturaleza (Derecho Internacional Penal), han de insertarse estas infracciones. Especialmente, había de pensarse en completar las previsiones del Código de 1945 con la proscripción del juicio ilegítimo o parcial de prisioneros de guerra, las detenciones ilegítimas, la toma de rehenes, las deportaciones y traslados ilegales de personas civiles, la coacción de prisioneros de guerra y personas civiles para servir en las Fuerzas Armadas enemigas, etc., acciones, todas ellas, consideradas como infracciones graves por los Convenios de 1949, que obligaban a los Estados signatarios de los mismos a establecer, en el marco de sus sistemas internos de Derecho Penal, sanciones penales adecuadas para reprimir tales conductas.

motivo justificado para ello, será pasado por las armas.2.-Todo caserío que no ondee un lienzo blanco en forma de bandera para acreditar que sus moradores desean la paz, será reducido a cenizas. Por su parte, el *Bando de Weyler* establecía, entre otras cosas, lo siguiente: *Todos los habitantes en los campos o fuera de la línea de fortificación de los pueblos, se reconcentrarán en el término de 8 días en los pueblos ocupados por las tropas. Será considerado rebelde y juzgado como tal, todo individuo que transcurrido ese plazo se encuentre en despoblado.* Cf. VARONA HERNÁNDEZ, María de los Ángeles de, “El Derecho Internacional Humanitario: respeto y violación, en algunos pasajes de la Historia de Cuba”, en <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/>.

La ratificación por España de estas normas convencionales (integrantes, desde entonces, por tanto, del ordenamiento jurídico interno español), junto con la insuficiencia y ambigüedad del Código de 1945 (que, en la reforma de 6 de noviembre de 1980, no fue objeto de modificación en este tema), hacía que nuestro país no pudiera estimar cumplido su compromiso de dictar una legislación que, al menos, tuviera en cuenta, para incriminarlas, las infracciones graves, para que los tribunales españoles pudieran aplicar las sanciones correspondientes sin tener que declinar el conocimiento y entregar al culpable a los órganos jurisdiccionales de otro Estado Parte interesado, que contara con la legislación adecuada (en virtud del principio *aut iudicare aut dedere*, o juzgar o declinar). En este sentido, resulta preciso señalar, a efectos de la aplicación del art. 3 del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957¹⁶⁸, que dispone que...

...no se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado por la Parte requerida como delito político o como hecho conexo con un delito de tal naturaleza.

El art. 1 del Protocolo Adicional al aludido Convenio, hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975¹⁶⁹, estipula, en sus apartados b) y e), en relación con la aplicación de aquel art. 3 del Convenio, que no se considerarán delitos políticos las infracciones previstas en los arts. 50 del Convenio I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV y cualesquiera violaciones análogas tanto de las leyes de la guerra en vigor cuando empiece a aplicarse el Protocolo Adicional al Convenio, como de las costumbres de la guerra existentes en ese momento que no estén ya previstas en las susodichas disposiciones de los Convenios de Ginebra. Dicho art. 3 del Protocolo Adicional, en su apartado a), impide que se consideren delitos políticos, a los referenciados efectos de justificar una negativa a la extradición, los crímenes previstos en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Tras la ratificación por España (en 21 de abril de 1989) de los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, se acrecentó la necesidad de ampliar el campo o área de los delitos que se refieren a estas conductas. Por su parte, la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, dispone, en su art. 7, que...

...las Fuerzas Armadas ajustarán su conducta, en paz y en guerra, al respeto a la persona, al bien común y al derecho de gentes. La consideración y aun la honra del enemigo vencido son compatibles con la dureza de la guerra y están dentro de la mejor tradición española.

168.-Ratificado por España mediante Instrumento de 7 de mayo de 1982 (BOE. núm. 136, de 8 de junio de 1982).

169.-Ratificado por España mediante Instrumento de 11 de marzo de 1995 (BOE. núm. 139, de 11 de junio de 1985).

En sus arts. 136 a 142 contiene disposiciones que regulan el comportamiento de los combatientes.

5.-El Código Penal Militar de 1985

Como consecuencia de lo que acaba de exponerse, el Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, dedica, por imperativo de la obligación marcada, hasta ese momento (es decir, antes de la ratificación por nuestro país de los Protocolos Adicionales), por los tratados internacionales suscritos, y asumida por España al ratificarlos íntegramente¹⁷⁰ a la regulación de los *Delitos contra las leyes y usos de la guerra*¹⁷¹. Esta regulación supone una ruptura con el planteamiento tradicional español en la materia, acorde con el deseo que inspira al nuevo texto legal punitivo, que es, como dice el Preámbulo, *no ya la mera reforma de las Leyes Penales Militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar, acogiendo, para ello, las más depuradas técnicas sobre la materia*¹⁷².

La rúbrica del Título II ya indica cual es el bien jurídico protegido, a saber, *las leyes y usos de la guerra*, es decir, que estos delitos se han separado de los que tutelan la seguridad y la Defensa Nacional (contenidos, ahora, en el Título I) y se les ha dado la necesaria y debida autonomía. Ahora se protege un interés internacional o interestatal, que no es otro que la observancia y cumplimiento de la normativa internacional, convencional o consuetudinaria, que regula la conducción de las hostilidades y el comportamiento durante ellas¹⁷³.

Los principios que han inspirado la redacción del Título II del Libro Segundo del Código Penal Militar de 1985 han sido tres, a saber, restringir el ámbito del Código a los límites de una jurisdicción especial, adecuar nuestro ordenamiento interno a los Convenios internacionales sobre la materia y llevar a cabo una tipificación delictual mixta. En efecto, se ha procedido en esta materia a restringir el ámbito del Código a los límites estrictos de una jurisdicción especial, pues, como dice su Preámbulo, la tipificación de conductas constitutivas de delito militar que figura en el Título II queda básicamente centrada en *los delitos exclusiva o propiamente militares*¹⁷⁴. Esta restricción se ha procurado realizar

170.-Los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en 1952 y la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, en 1960; preceptos, todos ellos, que, en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española, en relación con el art. 1.5 del Código Civil, al ser *tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*.

171.-VV.AA., *Comentarios al Código Penal Militar*, op. cit.

172.-Ibíd.

173.-Ibíd.

174.-No obstante el hecho de que, excepcionalmente, contemple el Código Penal marcial supuestos que afectan al servicio y a los intereses de los Ejércitos en que los no militares pueden ser sujetos activos de un ataque a la institución armada, con lesión del bien jurídico tutelado, pudiendo resultar delito militar formal y

mediante la tipificación de los delitos de que trata teniendo en cuenta un triple orden de las circunstancias de tiempo, ocasión y sujeto activo. Respecto al tiempo, el Título II se refiere a los delitos que afectan a las leyes y usos de la guerra. Aunque hubiera sido más adecuado emplear la expresión *conflicto armado*, que el de *las leyes y usos de la guerra*. Este Título sanciona su conculcación, como conjunto normativo, convencional y consuetudinario, que, vigente antes del desencadenamiento de las hostilidades, comienza a ser aplicable en caso de guerra. El momento en que deviene aplicable este conjunto normativo es, pues, el llamado *tiempo de guerra*, y cuya definición o determinación concreta, a efectos jurídico-penales, hace el art. 14 del Código Penal Militar:

A los efectos de este Código se entenderá que la locución en tiempo de guerra comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.

Son generalizadas las críticas que ha merecido el texto del art. 14 por su imprecisión. Lo cierto, en lo que aquí nos interesa, es que ya al momento de la promulgación, en 1985, del Código Penal Militar, resultaba tal precepto contradictorio con el art. 2, común a los cuatro Convenios de 12 de agosto de 1949, entonces ratificados por España. En cualquier caso, lo que resulta obvio es que la normativa prevista en el Código Penal Militar (arts. 69 al 78) sólo es aplicable en caso de conflicto armado internacional (guerra internacional o interestatal) pero en existen serias dudas en el caso de conflicto armado sin carácter internacional (guerra civil, conflicto interno, operaciones de mantenimiento de la paz), por culpa del tenor literal de su redacción. Por tanto, una modificación de la rúbrica del Título II permitiría la extensión de la normativa en él contenida a los conflictos internos (tal y como resulta de la terminología *conflicto armado*, sin otra adjetivación, utilizada en el Código Penal) y a las operaciones de paz.

Respecto al sujeto activo, el Título II del Libro Segundo del Código Penal Militar restringe el ámbito personal de aplicación de los preceptos que lo integran al *militar*, al objeto, como se indicó en la discusión del Proyecto en el Congreso de los Diputados¹⁷⁵ *de mantener el sentido restrictivo por el cual solamente serán juzgados bajo este Código aquellos españoles que sean militares*¹⁷⁶. Esta restricción respecto al elemento subjetivo del tipo nos lleva a considerar que nos hallamos ante delitos especiales, ya que, a *contrario sensu*, los delitos comunes, desde el punto de vista del sujeto activo, son los que se definen diciendo *el que o los que*, porque no exigen que el autor reúna especiales características o

materialmente, como los delitos contra centinela, maltrato de obra o desobediencia a órdenes de la Policía Militar, atentados y desacatos a Autoridades Militares en tiempo de guerra, allanamiento de dependencia militar, delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, etc.

175.-Sesión del 3 de junio de 1985.

176.-Ibíd.

cualificaciones. Nos encontramos ante un supuesto paradigmático de delitos especiales *o de propia mano*, en los que hay un sujeto activo calificado. Los problemas derivados de la posible participación en ellos del *extraneus* sólo pueden, aquí, apuntarse¹⁷⁷, debiéndose acudir, en todo caso, para determinar quienes tienen la condición de militar al art. 8 del Código Penal Militar:

A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

- 1. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.*
- 2. Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas.*
- 3. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.*
- 4. Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.*
- 5. Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno.*

La restricción que, respecto al posible sujeto activo de estos delitos se estableció en 1985 en nuestro Derecho positivo (en el que no existía precepto alguno incriminatorio de las conductas de que se trata cuando el sujeto activo o autor de las mismas fuere un civil), implicaba una palmaria contradicción con el texto de los Convenios de 1949 ratificados por España (arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV), que se refieren a la obligación de las Partes Contratantes de sancionar las infracciones graves que cometan o den orden de cometer *las personas*, sin realizar calificación alguna de las mismas; es decir que se interesa la sanción de las infracciones graves cometidas por cualesquiera personas o individuos y no sólo los militares (supuesto de infracciones con un sujeto activo abstracto), y ello por cuanto que una de las consecuencias de la utilización por la ley penal de un sujeto activo calificado es que sólo puede cometer el delito en que, como elemento del tipo figure un tal sujeto, la persona que reúna u ostente aquella condición calificante, quedando, en consecuencia, excluidas de la posibilidad de conjugar como sujeto activo la conducta incriminada todas las demás personas. En suma, no obstante la obligación, asumida convencionalmente por España, de sancionar penalmente las infracciones graves de los Convenios, desde el punto de vista subjetivo, dicha obligación sólo fue cumplida, en 1985, parcialmente (por lo que respecta, tan sólo, a los militares españoles que pudieran cometer tales hechos), sin hallarse prevista legalmente la sanción de análogas conductas si fueren estas cometidas por un civil. A mayor abundamiento, y desde el punto de vista objetivo, la tipificación efectuada en

177.-Ibíd.

1985 omitió incriminar algunas de las infracciones graves a que se refiere el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 en sus arts. 11.4 y 85.3 y 4, no utilizó la terminología respecto a personas protegidas, etc., que este emplea, y, en suma, no aparece adaptada a dicho texto convencional, y ello por cuanto que España no ratificó los dos Protocolos Adicionales hasta el 21 de abril de 1989. En conclusión, nuestro Código Penal Militar, al hacer entrar la cualidad de militar del sujeto activo en el tipo del delito, como un elemento típico del mismo (como un elemento objetivo-subjetivo del tipo, diríamos nosotros), adoptó, implícitamente, un sistema mixto, en el cual la esencia del delito es la misma y la tipificación es plural (al sustraer a la previsión del Código Penal Militar las conductas cometidas por no militares), puesto que ello conlleva la necesidad de dos listas paralelas de delitos, iguales en su objetividad jurídica (puesto que el interés jurídico en ellos protegido es el mismo) y sólo distintos por razón del sujeto activo de los mismos (y, tal vez, la entidad de las penas). Ello presenta algunos inconvenientes, como es el la necesidad de redactar unos preceptos si no absolutamente iguales, sí muy similares, en el Código Penal Militar y en el común, con la eventualidad de que se produzcan relaciones de alternatividad normativa entre una y otra regulación.

Nosotros nos aventuramos a estimar que la restricción de 1985 resultó errónea en este caso, es decir, en lo que concierne a este tipo de delitos, por partir de un planteamiento de base equivocado. No nos hallamos, aquí, ante delitos en los que el bien jurídicamente protegido tenga naturaleza específicamente castrense (y ello con independencia de que son éstos, como acertadamente se ha dicho, los delitos más específica o propiamente militares, por afectar, fundamentalmente, al incumplimiento por el militar de sus obligaciones durante el combate), pues las conductas que se incriminan no afectan tan sólo, ni siquiera principalmente o de modo fundamental, al servicio y a los intereses de las Fuerzas Armadas. Al contrario, estamos ante actuaciones cuya sanción responde al objeto de otorgar amparo legal a las personas (en concreto, a su vida, su integridad física o mental, su supervivencia y su dignidad) y a los bienes, protegidos, en caso de conflicto armado, por los tratados internacionales en los que España sea Parte. No nos encontramos, en consecuencia, ante tipos penales que protejan el mismo bien jurídico que otros preceptos de los Códigos Penales, común o militar. La vida, integridad, supervivencia, dignidad o propiedad que aquí se protegen no son las referidas a la generalidad de las personas o bienes que protege el Código Penal ordinario, ni la de determinada categoría de personas, generalmente militares, o bienes afectos al servicio de las Fuerzas Armadas o de la Hacienda castrense, que el segundo de aquellos textos punitivos tutela, sino que se trata de amparar esos valores o bienes con referencia, tan sólo, a determinada clase de personas y bienes¹⁷⁸.

La determinación concreta del bien jurídico que específicamente sea objeto de protección por estos preceptos legales es, pues, el *quid* de la cuestión¹⁷⁹. Para realizar tal

178.-Ibíd.

179.-Ibíd.

determinación, es preciso acudir a los textos convencionales internacionales suscritos por España¹⁸⁰. En primer lugar, las personas cuya vida, integridad, supervivencia o dignidad constituyen el objeto de la protección que en estos concretos tipos penales se otorga son las denominadas, por antonomasia, *personas protegidas*, pudiendo ostentar, en caso de conflicto armado, dicha cualidad, en la actualidad (es decir, a la luz de lo preceptuado en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo I Adicional de 1977, así como en otros textos normativos internacionales), según se previene en el art. 608 del Código Penal, los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso (protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo I Adicional de 1977); los prisioneros de guerra (protegidos por el III Convenio de Ginebra de 1949 y por el Protocolo I Adicional); la población civil y las personas civiles (protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 1949 y por el Protocolo I Adicional); las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto (protegidos por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional); los parlamentarios y las personas que los acompañen (protegidos por la Convención II de La Haya, de 29 de julio de 1899, y su Reglamento Anejo); y cualquiera otra que tuviere aquella condición en virtud de los tratados internacionales en los que España fuere Parte.

El ámbito personal de aplicación se restringe, en consecuencia, a las *personas protegidas*¹⁸¹, por lo que no se protege, aquí, cualquier vida, integridad o dignidad (como en el Código Penal), ni siquiera la de determinadas personas militares (los superiores, o los subordinados, aunque el objeto de la protección sea, en concreto, el valor militar de la disciplina), como en el Código Penal Militar, sino, tan sólo, la concreta vida, integridad, y dignidad de esta clase o elenco de personas, genéricamente denominadas *personas protegidas*, que son los sujetos pasivos de estas infracciones. En los delitos de que se trata, son, pues, elemento objetivo (mejor, objetivo-subjetivo) del tipo. En segundo lugar, los bienes (o propiedades) cuyo disfrute, propiedad (o posesión) e integridad (o mantenimiento incólume o conservación) constituye el objeto de la protección que estos tipos penales otorgan, no son ni todos los bienes cuya propiedad se disfruta¹⁸², ni aquellos otros bienes, efectos, elementos, material, armamento, munición o equipos que, por su específica afectación al servicio de las Fuerzas Armadas o al servicio en general, son objeto de una individualizada protección penal en el Título IX (*Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar*) del Libro Segundo del Código Penal Militar (arts. 189 a 197, ambos inclusive), Se trata, en concreto, de determinados bienes (objetos muebles y cosas inmuebles) que se denominan *culturales*, de índole histórica, artística, cultural o religiosa, que los hacen ser considerados como constitutivos del patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y que se

180.-Lo que los hace pasar a formar parte del ordenamiento interno español en virtud de lo preceptuado por el art. 96.1 de la Constitución en relación con el art. 1.5 del Código Civil.

181.-Entre ellas hay civiles y militares, si bien a efectos de la aplicación de estos tipos penales es indiferente cualquier otra caracterización distinta de la de ser, o no, subsumibles en la categoría de *personas protegidas*.

182.-Como ocurre con los preceptos que, en el Código Penal, contienen los denominados *delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*.

determinan en la *Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*, siempre que no estén, tales bienes, situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario. Además de esta protección penal específica de los bienes culturales, debe hacerse constar que el Protocolo I proscribire, en determinados casos, la destrucción, ataque o represalias dirigidos contra bienes de carácter civil del adversario que no contribuyan eficazmente a la acción militar de éste, el ataque o represalias dirigidos contra las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas y el ataque, destrucción o inutilización y la requisita de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. El Código Penal Militar, en segundo término, llevó a cabo una tipificación delictual mixta, tanto en la naturaleza de los delitos como en la descripción de los tipos delictivos, pues establece una tipificación específica, es decir, de forma precisa, para las infracciones graves y para algunas de las infracciones leves o actos contrarios, y un tipo general residual (una especie de tipo en blanco o *cajón de sastre*¹⁸³), que es precisamente el precepto que contiene la cláusula Martens y el principio de la prohibición de los males superfluos y los daños innecesarios (art. 70):

El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Por lo tanto, se trata de un sistema mixto tanto en la tipificación como en la consideración de la gravedad de las conductas sancionadas. La adopción de este sistema obedece a la necesidad de imponer sanciones distintas a conductas delictivas de diferente gravedad, aún cuando lo cierto es que la tipificación singular de las conductas de que se trata adolece de falta de racionalidad y orden, como se deduce que se ha seguido un sistema de *amontonamiento* de tipos delictivos, sin la estructura interna que, al efecto, debiera haberse adoptado. La tipificación podría haber seguido la mucho más perfecta sistemática adoptada en 1995 en el Código Penal, a tenor de la cual se agrupan en los diferentes preceptos las conductas en función de la gravedad de las mismas (dependiente de la importancia del bien jurídico, personal o real, a que afectan) y de la entidad de las penas previstas para ellas, independientemente de la que corresponda por el resultado.

6.-El Código Penal de 1995

Bajo la rúbrica *De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, el Capítulo III (arts. 608 a 614, ambos inclusive) del Título XXIV (*Delitos contra la Comunidad Internacional*) del Libro Segundo (*Delitos y sus penas*) del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, contiene un total

183.-MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Código Penal Militar y legislación complementaria*, Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

de siete artículos que regulan la materia. El Capítulo de que se trata fue introducido en el Proyecto de Código Penal a propuesta de la Cruz Roja Española, cuyo Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (CEDIH) elaboró, entre 1990 y 1991, una *Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949*¹⁸⁴. Culminada en junio de 1991, fue elevada por la Presidencia de la Institución a la Comisión redactora del Proyecto de Código Penal, que la aceptó en su literalidad, y procedió a incorporarla al texto del Proyecto.

La incardinación del Capítulo III de que se trata en el Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal, en el que se cobijan los delitos contra la comunidad internacional, permite inferir que los bienes jurídicos objeto de protección que integran el Título es de carácter interestatal o internacional, es decir, perteneciente al Derecho Internacional Penal, pues lo que con ellos se trata de proteger es la comunidad internacional. Por ello, no nos hallamos ante un bien jurídico interno, aunque sea objeto de tutela en sede nacional. La rúbrica del Capítulo III (*De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*) determina ya el concreto bien jurídico protegido por los siete artículos que lo integran, a saber, tanto las personas protegidas (concretadas en el art. 608), como los bienes culturales y otros de distinta índole, cuya destrucción, inutilización, sustracción o daño perjudican a la población civil o implican una conculcación del derecho de propiedad.

Como se desprende de la rúbrica antedicha, el concreto bien jurídico que se trata de proteger, una vez acaecida la situación de conflicto armado, es doble: personal y material¹⁸⁵.

En el ámbito personal, se trata de otorgar amparo legal especial a la vida, integridad física o mental, supervivencia, dignidad y, en definitiva, incolumidad jurídica de determinadas personas a las que la normativa internacional otorga su protección, habiéndose establecido en el art. 608 del Código Penal el catálogo de dichas personas¹⁸⁶. Se

184.-PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, SÁNCHEZ DEL RIO SIERRA, Javier, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, PIGNATELLI MECA, Fernando, PULGARIM DE MIGUEL, Francisco, y ANTÓN AYLLÓN, Manuel, "Propuesta de modificación del ordenamiento penal español...", op. cit.

185.-VV.AA *Código Penal y Legislación complementaria*, Granada: Edit. Comares, 1998; VV.AA., *Compendio de Derecho Penal español Parte Especial*, Madrid: Edit. Marcial Pons, 2000.

186.- *A los efectos de este Capítulo, se entenderá por personas protegidas:*

1. *Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.*
2. *Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.*
3. *La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.*

restringe el ámbito personal de aplicación de estos preceptos en razón de que el sujeto pasivo de los mismos pueda ser incluido en cualquiera de las clases de personas protegidas por los Convenios y Protocolos, siendo, pues, indiferente cualquiera otra caracterización distinta de la de ser, o no, subsumible el sujeto pasivo del delito en una de estas categorías.

En cuanto al ámbito real¹⁸⁷, los bienes cuya detención o mantenimiento incólume constituyen el objeto de la protección penal que se otorga no son ni todos los bienes cuya propiedad se disfruta ni siquiera aquellos específicamente afectados al cumplimiento de determinadas finalidades distintas de las que cumple el dominio privado, sino aquellos específicos bienes (objetos muebles y cosas inmuebles) que reúnen determinadas características (de índole artística, histórica, cultural o religiosa) que los hacen ser considerados como constitutivos del patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, en los términos que, a tal efecto, determina el art. 1 de la Convención de La Haya de 1954 en relación con el art. 53 del Protocolo I, así como los que resultan indispensables para la supervivencia de la población civil, pertenecen a las personas protegidas o se hallen sobre los cadáveres.

También se deduce de la rúbrica del Capítulo III el ámbito temporal de aplicación o entrada en juego de tales preceptos, es decir, el tiempo en que pueden ser cometidos los distintos delitos de que se trata, y que, a diferencia de lo que ocurre con el empleo, por el art. 14 del Código Penal Militar, de la locución *en tiempo de guerra*, permite ampliar tal ámbito temporal de aplicación utilizando la locución *conflicto armado*, ya comenzada a emplear por los Convenios de Ginebra de 1949 y generalizada, con exclusión de cualquiera otra, en posteriores documentos internacionales¹⁸⁸.

La expresión *conflicto armado* tiene, pues, su razón de ser en los Instrumentos internacionales que, ratificados por España, constituyen, tal como expresan el art. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil, parte integrante de su Derecho interno. Con su uso, la tipificación del Capítulo se refiere a *toda clase* de conflicto armado, internacional o no.

-
4. *Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.*
 5. *Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899.*
 6. *Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.*

187.-VV.AA., *Código Penal y Legislación complementaria*, op. cit., VV.AA., *Compendio de Derecho Penal español, Parte Especial*, op. cit.; ALONSO DE ESCAMILLA, A, y GORDILLO ALVAREZ VALDES, I., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid: Editorial Colex, 2001.

188.-La Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 sobre relaciones diplomáticas y consulares, respectivamente, y, finalmente, los dos Protocolos Adicionales de 1977.

Este concepto abarca tanto la guerra entre Estados en su sentido más clásico, como cualquier otro supuesto de enfrentamiento armado entre idénticos protagonistas, incluso cuando éstos no reconozcan el estado de guerra; las más atípicas figuras referidas en el art. 1.4 del Protocolo I (las luchas de los pueblos contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas); y, finalmente, los enfrentamientos armados que se producen en el interior de un Estado, siempre que tengan la necesaria intensidad a que se concreta el art. 1 del Protocolo II¹⁸⁹

La utilización en la definición de los distintos tipos de la expresión *con ocasión de un conflicto armado* permite, además, incluir el supuesto especial de ocupación territorial de regiones pertenecientes a un adversario, cuando, terminadas las hostilidades, se prorroga tal ocupación en el tiempo, aunque realmente ya no exista lucha armada de clase alguna¹⁹⁰. La preferencia por el concepto de conflicto armado, resulta explicable no por un puro capricho semántico, ni, lo que sería más odioso, por una hipócrita huida de la realidad de la guerra, sino por razones más profundas. El término *guerra*, conocido desde hace siglos, sigue ejerciendo su influencia en el lenguaje corriente; pero, desde el punto de vista jurídico, ya la perdió hace algunos decenios, dado que la guerra como tal ha sido puesta gradualmente fuera de la ley, aunque, llámese guerra o no, el recurso a la fuerza no ha desaparecido de la arena internacional. El término *conflicto armado* es, en la actualidad, más correcto y la ventaja de su uso consiste precisamente en su falta de precisión jurídica¹⁹¹.

La iniciación de la Segunda Guerra Mundial puede considerarse como un punto de inflexión en el Derecho de la Guerra, pues si hasta entonces iba precedida de todo un ceremonial diplomático, así como de una serie de actuaciones formales en el ámbito interno, en la actualidad hasta se niega la realidad misma de la guerra, y pese a la innegable

189.-Referido a la guerra civil y excluyente de las meras tensiones internas y los disturbios interiores, tales como motines y actos aislados de violencia, que son situaciones que afectan al orden público interno.

190.-VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal. Parte Especial.*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

191.-En un texto convencional se empleó por primera vez en el *Convenio sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado* (La Haya, 14 de mayo de 1954). Al tratar de la futura reforma del Código Penal Militar, Carrillo Colmenero, en la monografía titulada "*Perspectivas de reforma del Código Penal Militar*", manifiesta la existencia de cierto consenso en que la locución *en tiempos de guerra*, debe suprimirse por innecesaria. Por un lado la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, elimina la posibilidad constitucional (artículo 15 C.E.) de imponer la pena de muerte *en tiempos de guerra*. Por otro lado, la citada expresión que contiene el artículo 14 CPM ya no figura en los tratados internacionales suscritos por España. La expresión, siempre que aparezca a efectos agravatorios en cada figura delictiva en particular, debe sustituirse por la más adecuada de *en situación de conflicto armado*, locución que, con un contenido más amplio que el de la fórmula actual (pues se hace referencia tanto a los de carácter internacional como de orden interno), ya viene definida en los tratados internacionales suscritos por nuestro país (artículos 2 y 3 de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y artículos 1 y 4 de los Protocolos I y II Adicionales a tales Convenios, de 8 de junio de 1977) por lo que, al ser de directa aplicación por formar parte integrante de nuestro derecho interno (artículo 96.1 CE), no precisaría ser definida de nuevo. CARRILLO COLMENERO, José, "*Perspectivas de reforma del Código Penal Militar*", Madrid, septiembre de 2000, inédita (depositada en la biblioteca de la Escuela Militar de Estudios Jurídico), ps. 14 y 15.

existencia de enfrentamientos armados palpables, no se altera estatuto alguno. Ello obliga al Derecho a cubrir situaciones que, aun cuando no reconocidas como de guerra por sus protagonistas, producen idénticos efectos¹⁹².

Además, desde 1945 se ha proscrito la guerra, de forma que la Carta de San Francisco, de 26 de junio de 1945, en su art. 2.4 huye del empleo del término y prohíbe no ya la guerra, sino el recurso a la fuerza armada o a la simple amenaza de su uso en cualquier forma. Es en los Convenios de 1949 donde, al definir su ámbito de aplicación, se ciñó tanto a los supuestos de guerra declarada como a los de cualquier otro conflicto armado, de manera que en este género onmicomprensivo se encierra el enfrentamiento armado en cualquier forma que se produzca, aun cuando sea de facto, sin ir precedido de declaración solemne de guerra o advertencia alguna, y aunque los Gobiernos afectados no lleguen a reconocer el estado de guerra. Esta terminología es ya hoy utilizada, con exclusión de cualquier otra, en múltiples convenios internacionales. Así pues, la utilización de la locución tiene su razón de ser en los Instrumentos internacionales que, ratificados por España, constituyen parte integrante de su ordenamiento jurídico. Precisamente con base y fundamento en los principios constitucionales que hacen de nuestro país un Estado social y democrático de Derecho, la tipificación de los delitos que integran el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del vigente Código Penal se ha formulado con referencia a toda clase de conflictos armados, es decir, de carácter internacional o no, con lo que se intenta reprimir toda clase de infracciones del Derecho Internacional Humanitario, incluso cuando se produzcan en conflictos internos.

La utilización, en la definición de los distintos tipos, de las palabras *con ocasión de...* permite, además, incluir el caso especial de la ocupación territorial de las regiones pertenecientes a un adversario, cuando, terminadas las hostilidades, se prorroga en el tiempo, aunque ya no exista realmente lucha armada de clase alguna. En tales supuestos, la aplicación de las normas internacionales sigue siendo obligatoria (art. 2, común a los cuatro Convenios y art. 3.b del Protocolo I) y, consecuentemente, el abuso de ellas o su infracción sigue siendo posible y la obligación de su sanción continúa vigente.

7.-Naturaleza jurídica de los tipos (arts 70 del CPM y 610 del CP): marco general. Delitos de lesión y delitos de peligro

Recordemos que la prohibición de los males superfluos y los daños innecesarios queda recogida, en sede penal nacional española, en dos artículos de los dos códigos penales vigentes. El art. 10 del CPM establece lo siguiente:

El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos será

192.-BAXTER, Richard R., *lus in bello interno: The present and future law*, op. cit.

castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Por su parte, el art. 610 del CP establece lo siguiente:

El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos

Es preciso, para una total comprensión del tema que nos ocupa, realizar algunas precisiones en torno a la caracterización y delimitación de estos delitos, en relación con otras tipologías delictivas, así como a los elementos esenciales de su estructura. Así, en principio, es de destacar que forman parte del grupo al que la doctrina ha definido delitos de riesgo o de peligro

En efecto, los delitos estudiados quedan configurados en delitos de peligro. Pero esta afirmación sería ociosa si no se delimitara este tipo en relación con la categoría a la que se suele contraponer, esto es, con los delitos de lesión¹⁹³. Habitualmente, la caracterización de una infracción penal como delito de peligro o de lesión se realiza atendiendo a la formulación del tipo. Es fundamental no sólo la descripción de la conducta típica, esto es, la forma o modalidad del ataque al objeto jurídico protegido, sino las características que reviste la consecuencia del mismo. Se cuestiona, por ello, si el tipo reclama la incidencia de tal conducta, en su caso, sobre un objeto típico y, con ello, la producción de un efecto en el mismo que supone la destrucción o afectación del bien jurídico y, en definitiva, la lesión de éste. O, por el contrario, si la realización de la conducta implica simplemente la amenaza de producción del efecto lesivo.

La diferenciación, pues, se lleva a cabo atendiendo a la relación entre la conducta y, en definitiva, el bien jurídico tutelado. Esta referencia es la que interesa en última instancia, ya que aunque la conducta incida sobre un objeto de la acción y éste sea puesto en peligro o lesionado, ello será presupuesto para entender que se ha afectado al bien jurídico, el cual, en ocasiones, no se concreta en ningún objeto material (honor, seguridad del tráfico etc.). A favor de esta tesis, se ha mantenido no sólo que el objeto de interés primario del Derecho Penal es la afectación del bien jurídico, y no tanto el ataque al objeto material, sino también que existen delitos de peligro que no exigen un ataque o contacto con objeto material alguno¹⁹⁴. Esta tesis¹⁹⁵ es más adecuada para solucionar algunos problemas como el

193.-CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho penal*, Barcelona: Ed. Bosh, 1981.

194.-Muchos de los delitos de peligro abstracto, como por ejemplo, el art. 379 CP.

concurral, cuando el peligro acaba comportando también una lesión. Existen otras aproximaciones al tema: el objeto de la acción debe ser siempre el punto de referencia¹⁹⁶. Debido al carácter ideal de los bienes jurídicos, la exigencia de un objeto de la acción como substrato del bien jurídico resulta necesaria como punto de referencia del desvalor de resultado en una concepción dualista del injusto.

En los delitos de lesión en la producción de un daño en el bien jurídico o del objeto que lo encarna, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto. En ellos se produce un adelantamiento, mayor o menor según la clase de delito de peligro, de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión¹⁹⁷. No sólo el dato de cómo esté configurado este ataque y sus eventuales consecuencias, sino el relativo a cómo lo esté el propio bien jurídico protegido, resulta fundamental a la hora de considerar que estamos ante un delito de peligro abstracto, de peligro concreto o de lesión.

Hoy ya es casi un lugar común, aceptado generalmente por la doctrina, el reconocimiento de lo relativa y variable que resulta la delimitación a la que se alude, así como la dificultad de precisar una distinción que aparece clara en el plano teórico, pero no tanto en el práctico. Hasta tal punto ello es así, que una perspectiva en la configuración del bien jurídico protegido lleva a la transformación de un mismo tipo en delito de peligro abstracto o de lesión y viceversa. Así, en los delitos en los que se tutelan bienes colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico viario, etc., si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, podemos reputar dichos delitos como de lesión¹⁹⁸. Sin embargo, constituyen el paradigma tradicional de los delitos de peligro en la medida en que las conductas sólo suponen un peligro para los bienes jurídicos individuales que son finalmente tutelados¹⁹⁹. Se ha considerado que²⁰⁰, en este tipo de delitos cuyo comportamiento se dirige contra dos bienes jurídicos (por una parte, el colectivo de la salud pública; por otra, la concreta salud de las personas directamente afectadas), al proyectarse la acción peligrosa sobre ambos bienes, aunque de manera diferenciada, y al alcanzar la acción con anterioridad al bien colectivo y sólo después al bien final, se trataría de delitos intermedios que denomina de *lesión-peligro*. En éstos, sería necesaria la lesión efectiva del bien colectivo y la puesta en peligro del bien personal, lo que según este mismo autor autorizaría a considerarlos delitos de peligro concreto para las personas. Frente a ellos habría que distinguir, en atención a una relación inversa entre el bien colectivo y el personal, los delitos de *peligro-lesión*, que se caracterizarán por ser

195.-ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona: Ed. Bosh, 1976, p. 41.

196.-LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 1992, p. 63 y sis.

197.-SILVA SÁNCHEZ, J. M.; BALDÓ LAVILLA, F.; CORCOY BIDASOLO, M, *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Barcelona: Edit. Bosch, 1997.

198.-CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho penal*, op.cit..

199.-BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid: Akal, 1999.

200.-MATA Y MARIN, Ricardo M, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.

delitos de peligro para el bien colectivo y lesión para el bien individual. Como ejemplos se citan los delitos societarios o algunos supuestos relativos a la manipulación genética. En los primeros se pondría en peligro el orden económico como bien social y lesionarían (o según los casos pondrían en peligro) el patrimonio como bien individual.

Constatada la relatividad de la distinción, hay que resaltar que la calificación de un tipo como delito de lesión o delito de peligro no es indiferente, pues la consideración como delito de lesión para un interés anticipado permitirá reputar típicas conductas que, sin embargo, no muestran relación alguna con una necesaria peligrosidad para los intereses finales. Ello constituye una indudable anticipación de la frontera mínima de la protección y de la intervención penal. Precisamente, la relatividad de los conceptos de daño y peligro y la falta de suficiente claridad en la determinación del carácter de lesión o de peligro atribuible a una infracción, es uno de los efectos indeseables de la creación de delitos en los que el objeto de protección no está perfilado con nitidez y la acción típica no tiene claros referentes. Así, se hace muy difícil precisar si nos encontramos ante tipos de lesión o de peligro. Incluso, se puede decir que son las dos cosas, dependiendo del interés jurídico que se pretenda afirmar que está protegido.

La falta de claridad se ve potenciada por el equívoco que supone recurrir a la configuración de bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, respecto a los que se alega que precisamente su naturaleza inmaterial o sólo lesionable por la repetición de numerosas conductas similares. Ello impediría tipificar delitos de lesión, aunque luego se diga que, en realidad, el bien jurídico intermedio espiritualizado o la seguridad de los bienes finales individuales resultan efectivamente lesionados por cada conducta, lo que convertiría a los delitos en cuestión en delitos de lesión y no ya de peligro del bien jurídico final referible a sujetos individuales. Así, parece estarse procediendo con un doble lenguaje: por un lado, se conforman bienes jurídicos sumamente adelantados, se convierten en tales las condiciones de funcionamiento o mantenimiento de un determinado sector, se crean delitos de peligro en los que sin duda se adelantan las barreras de protección respecto a los bienes finalmente protegidos. Pero por otro lado, se alude a las características de tal bien supraindividual y a su autonomía respecto a los bienes jurídicos individuales, para atribuir a los delitos la naturaleza de lesión y no de peligro²⁰¹. Encontramos este mismo razonamiento en otras opiniones según las cuales lo que caracteriza y justifica la existencia de delitos de peligro en general es la protección de bienes jurídicos supraindividuales a los que se atribuye plena autonomía respecto de los bienes jurídicos individuales y que serían lesionados y no sólo puestos en peligro cuando se realiza un delito de peligro²⁰². Profundizando y precisando su concepción, ofrece un concepto de bienes jurídicos supraindividuales como *protección de intereses o derechos colectivos con referente individual*, que evite la responsabilidad penal por infracciones meramente formales, sin que sea necesaria la efectiva afectación de la

201.-CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. III: Teoría Jurídica del Delito*, Barcelona: Edit. Bosch, 1998.

202.-ARLUCEA, E, *Lecciones de teoría jurídica del delito*, Barcelona: Edit. Bosch, 1999.

convivencia social.

Sin embargo, esto no siempre debe ser visto como un problema o como un síntoma de falta de claridad en el bien realmente tutelado, ya que es también cierto que la estructura de la mayoría de los delitos de peligro permite identificar el bien jurídico con la seguridad de otro objeto²⁰³, de manera que la doble condición de delito de lesión y de delito de peligro se podría considerar característica de todo delito de peligro; así, como delito de lesión, cualquier perturbación de la seguridad de ese bien significa ya la lesión del bien jurídico seguridad. Como delito de peligro, la perturbación sólo supone un riesgo para el bien jurídico. Por el contrario, las construcciones que entienden los delitos de peligro como protectores de un bien jurídico autónomo, con entidad propia, que es la imperturbabilidad en la disposición de un bien jurídico, que ya está protegido frente a las posibles lesiones directas de su integridad, no se considera relevante la perspectiva de la peligrosidad de la conducta para los propios intereses o bienes cuya segura disposición se tutela²⁰⁴.

Ahora bien, es preciso no perder de vista la referencia final a la peligrosidad de la conducta para bienes claramente identificables cuya protección penal resulta indiscutible. El problema de la aprehensión del bien jurídico en la formulación de nuevos delitos es que entran en juego novedosos bienes jurídicos supraindividuales de perfiles tan inconcretos que constituyen más bien objetivos de regulación. Así de forma cada vez más acusada en ciertos sectores (Derecho Penal económico), se criminalizan no tanto comportamientos lesivos, sino meramente inconvenientes, en la medida que pueden resultar perturbadores para las condiciones de funcionamiento fijadas en un determinado ámbito de actividad²⁰⁵. De este modo, se consideran como bienes jurídicos protegidos intereses muy adelantados respecto a la integridad de bienes finales o que incluso no guardan ninguna relación con ellos, ya que aparecen conformados básicamente como el aseguramiento de tales condiciones de funcionamiento del correspondiente subsistema²⁰⁶. Con ello no sólo resulta difícil la identificación del bien jurídico, sino que también la de la afectación o amenaza que implica el comportamiento para concretos bienes jurídicos, en definitiva, del contenido de injusto, más allá de la mera infracción de la regla. Teniendo en cuenta, además, el carácter normativo que se atribuye a los conceptos de lesión y peligro y, con ello, su posibilidad de manipulación teórica, la cuestión de la distinción no puede considerarse fácilmente abordable ni superable con criterios unívocos ni homogéneos. Pero lo que sí

203.-RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Barcelona: Edit. Bosch, 2002; ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*; Barcelona: Edit. Bosch, 2002.

204.-Ibíd.

205.-GÓMEZ RIVERO, M. C., *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia: Edit. Tirant lo blanch, 1998.

206.-Este proceso se ha agudizado en los últimos tiempos, especialmente cuando se relaciona este problema con la aparición de riesgos desconocidos en la *nueva economía de la era digital*. Cf. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, ps. 20 y sis; y 97 y sis.

resulta de antemano claro son dos cosas: en primer lugar, que resulta forzado y equívoco desde el plano dogmático, así como finalmente inútil desde el plano de la legitimidad, el intento de redefinir como delitos de lesión determinados tipos, en principio interpretables como delitos de peligro abstracto, con el objeto de prevenirse frente a los mayores reparos que éstos suscitan. En algún caso puede parecer que se defiende una interpretación para evitar reconocer el recurso a la anticipación de la tutela penal (siempre problemática) y conjurar de este modo la necesidad de su justificación. Ello supone oscurecer el problema, acudiendo a una definición del objeto de la tutela en términos formales y abstractos. En segundo lugar, parece claro que cuanto menor sea el grado de abstracción del bien jurídico que se pretende tutelar en el precepto correspondiente y mejor se concreten los precisos contornos del mismo, más fácil será determinar la lesividad o la peligrosidad de la conducta; de manera que es deseable identificar claramente los intereses finales en juego, sin oscurecerlos en una complicada red de intereses instrumentales que no dejan percibir claramente la medida de la anticipación de la tutela. Todo ello resulta necesario para individualizar el desvalor objetivo y material del hecho y así poder, finalmente, valorar la necesidad y la justificación de su incriminación.

8.-Delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Cuestiones terminológicas

Si la diferencia entre delitos de lesión y de peligro resulta muchas veces poco clara y depende de la configuración del bien jurídico y de la propia concepción que se mantenga sobre las nociones de lesión y peligro, la diferencia en el seno de los delitos de peligro entre las categorías que hoy, de modo dominante, se designan como tipos de peligro abstracto y de peligro concreto, no resulta tampoco fácil. La diferenciación suele realizarse definiendo los delitos de peligro concreto y, frente a ello, haciendo una caracterización puramente negativa o residual de los de peligro abstracto, como aquellos que no exigen en su formulación típica (a diferencia de lo que ocurre en aquellos) una concreta puesta en peligro del objeto del bien jurídico protegido²⁰⁷. Según tal caracterización, resulta habitual considerar que la diferencia se concreta, a través de la elección de una técnica de tipificación diversa²⁰⁸, en la respectiva configuración del injusto. En ambos se requiere un desvalor de acción, que exige la valoración de la conducta con arreglo a un juicio *ex ante*, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigirían, además, un verdadero desvalor de resultado consistente, precisamente, en esa concreta puesta en peligro. En este sentido, se dice que la intensidad del ataque al bien jurídico es de mayor entidad en los delitos de peligro concreto, puesto que en ellos necesariamente ha de darse un contacto entre la acción peligrosa y un objeto de protección. El injusto objetivo que se realiza a través de la puesta en práctica del comportamiento de un delito de peligro abstracto, no es una lesión (en sentido usual) ni una concreta puesta en peligro, ya que no conlleva un daño de la clase de los descritos²⁰⁹. Las normas de los delitos de peligro abstracto tienen como objeto

207.-MARINUCCI, G., *El delito como "acción". Crítica de un dogma*, Madrid: Marcial Pons, 1998.

208.-Ibíd.

209.-Ibíd.

comportamientos que no se definen en función de una determinada consecuencia, sino que describen sólo la realización de determinadas actividades (conducir vehículos de motor bajo la influencia del alcohol, dar falso testimonio en causa judicial,) o bien, comportamientos que tienen una consecuencia mencionada en el tipo, pero que no es generalmente considerada como aquel daño cuya evitación es fin de la norma. Algunos delitos de incendio, el delito contra la salud pública tipificado en el art. 365 CP o la producción de males superfluos o daños innecesarios a combatientes y población civil con ocasión de un conflicto bélico, tema principal de este estudio²¹⁰.

Según la opinión doctrinal más extendida, aunque no unánime, los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido²¹¹. Así, en el caso que nos ocupa, el mero hecho de una siembra de minas en un campo, por parte de las Fuerzas Armadas españolas, aunque no se active ninguna, no haya víctimas y finalmente se levante el campo. En estos casos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente peligrosos para el objeto típico por sí mismos, y, en definitiva, para el bien jurídico (el recto comportamiento durante un conflicto bélico, las leyes y usos de la guerra y las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado)²¹². Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto, se concluye que no sólo no es necesario probar si se ha producido o no en el caso concreto una puesta en peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador o al menos susceptibles de ser identificados por diversas herramientas lógicas (así, por ejemplo, las interpretaciones y puestas al día de la cláusula Martens, el *Proyecto SirUs* y sus conclusiones estadísticas, en el tema que nos ocupa). Esto último supone, según la interpretación dominante, asumir que el peligro no debe ser constatado en absoluto para el caso individual por el Juez, puesto que desempeñaría el mero papel de motivo de la incriminación de la conducta²¹³. La única comprobación necesaria es la puesta en práctica de la conducta típica reputada peligrosa de manera general o abstracta, en la medida que pertenece a la clase de acción descrita en el tipo. Así, por ejemplo, el mero hecho de ordenar el uso de armas prohibidas, con ocasión de conflicto armado.

Por ello, de lo anterior se deriva la siguiente afirmación: desde el punto de vista del tipo, el peligro abstracto es irrelevante. Sin embargo, como se tendrá ocasión de fundamentar más adelante, en la breve delimitación conceptual que aquí se aborda sobre lo

210.-Ibíd.

211.-Ibíd.

212.-Ibíd.

213.-Ibíd.

que es objeto de estudio más detenido a lo largo de las siguientes páginas, se propone ya definir los delitos de peligro abstracto como un conjunto de diferentes delitos cuyo común denominador es que el tipo sólo sanciona un comportamiento en sí mismo²¹⁴. Así, el art. 610 del Código Penal sanciona a quien *con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos* (...). Por su parte, el art. 70 del Código Penal Militar castiga al *militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos*. Obsérvese cómo es indiferente para ambos tipos *emplear* y *ordenar emplear* medios de combate prohibidos, lo cual hace del peligro abstracto, efectivamente, algo irrelevante. Como hemos señalado más arriba, la única comprobación necesaria es la de la poner en práctica la conducta típica reputada peligrosa de manera general o abstracta, en la medida que pertenece a la clase de acción descrita en el tipo²¹⁵.

El término *delito de peligro abstracto* constituye la adaptación española de la expresión por la doctrina alemana, *abstrakte gefahrdungsdelikte*, que hace referencia a *delitos de puesta en peligro abstracta*²¹⁶. La expresión *puesta en peligro*, junto con el calificativo *abstracto*, resulta contradictoria, puesto que el peligro es siempre concreto²¹⁷, si hay puesta en peligro ésta no puede ser abstracta²¹⁸. Tal expresión hace referencia a una situación o estado concreto en la que algo o alguien entra en el radio de eficacia de una fuente de peligro: por tanto la puesta en peligro sólo puede ser concreta y requiere un objeto de la acción también concreto, que es puesto en peligro. En este sentido, el término hoy absolutamente generalizado, tanto en alemán como en castellano, para referirse a aquellos delitos *de abstracta puesta en peligro* o de *delitos de peligro abstracto*, parece impropio²¹⁹. En la doctrina española, hasta hace unos decenios, así como en la doctrina italiana, era más habitual el término *delitos de peligro presunto*²²⁰, con el que se hacía referencia además a la concepción según la cual en estos delitos no se tipifica simplemente una clase de conductas reputada generalmente peligrosa conforme a una máxima de experiencia, sino que, más allá, el tipo presume la efectiva producción de un peligro para el bien jurídico, sin posibilidad de prueba en contra.

A pesar de las críticas realizadas a la utilización del término *presunto*²²¹, no puede negarse que conforme a la interpretación y aplicación dominante que se hace de estos delitos, en su formulación clásica, funcionan de hecho como delitos de peligro o de peligrosidad presunta, en la medida en que se aplican sin comprobación individual alguna

214.-Ibíd.

215.-Ibíd.

216.-MARINUCCI, G., *El delito como "acción"*, op. cit.

217.-MATA MARTIN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada: Comares, 1997.

218.-Ibíd.

219.-Ibíd.

220.-Ibíd.

221.-La cuestión decisiva es si la ley procede o no a tal presunción y no tanto si la denominación es adecuada.

sobre la efectiva peligrosidad de la acción concreta²²². Sin embargo, hoy no parece conveniente emplear la expresión *delitos de peligro presunto* como equivalente o indistinta a la denominación delitos de peligro abstracto, ya que se han ido introduciendo en los Códigos penales nuevas infracciones que cabe englobar dentro de esta categoría, que hacen necesario distinguir, a su vez, varias subcategorías y no todas constituyen delitos en los que el legislador presuma sin más la producción del peligro o la peligrosidad de la acción individual²²³.

Así pues, ni la denominación de *delitos de peligro presunto* ni la de *delitos de peligro abstracto* son adecuadas, por distintas razones respectivamente, para hacer referencia a una categoría de delitos cuya caracterización tiene lugar fundamentalmente a través de criterios de identidad negativos (delitos que no requieren un peligro concreto o efectivo para el bien jurídico)²²⁴. Engloba distintos subgrupos de delitos que presentan, al menos en su formulación legal y en su interpretación doctrinal, diferencias significativas que no hacen fácil una denominación unitaria. En todo caso lo que está claro, es que no son delitos que exijan un peligro efectivo para un objeto determinado, por lo que debería reservarse la expresión *delitos de peligro —concreto—* para aquellos que sí requieren una efectiva puesta en peligro, y designar esta otra categoría, en cambio, con el nombre de *delitos de peligro potencial o posible* o, mejor aún, haciendo referencia a la característica positiva que, según la interpretación que aquí se propone, sí deben presentar en todo caso, *delitos de peligrosidad*²²⁵.

9.-La base de la prohibición: las propuestas de Jakobs

Los fundamentos para justificar este tipo de delitos, en especial en todo lo relativo a los dos tipos estudiados, es decir, el art. 70 del CJM y el 610 del CP, deben a JAKOBS su más certera exposición, que los agrupa bajo la denominación de *delitos de peligro abstracto como estandarización del comportamiento en la organización de un determinado ámbito social*²²⁶. MISSIG los denominaría, a su vez, como aquello que *garantizan las expectativas de comportamiento como estructura de un complejo normativo específico institucionalizado*²²⁷. La estandarización del comportamiento de un deber o una norma, en el seno de una organización, llevada al ámbito de lo militar, queda perfectamente referida a las normas comunes de comportamiento a las que han de adecuar los combatientes su actuar bélico, es decir, los medios y métodos de combate y la necesidad militar, conceptos a

222.-MATA MARTIN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit.

223.-RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, op. cit.; MATA MARTIN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit.

224.-MATA MARTIN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit.

225.-Ibíd.

226.-JAKOBS, Günter, *Derecho Penal, Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid: Edit. Marcial Pons, 1997; y del mismo autor, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

227.-MATA MARTIN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit.

los que ya se ha hecho referencia. Estos términos designan los *procedimientos tácticos o estratégicos utilizados, en la conducción de las hostilidades, para vencer al adversario empleando, sobre la base de informaciones que sobre él se obtengan, los efectos de las armas, combinados con el movimiento y la sorpresa*. Por lo que atañe a métodos (y a medios) de combate, en el Derecho Humanitario se aprueban los principios siguientes:

- El único objetivo legítimo de la guerra es debilitar las fuerzas armadas adversarias a fin de reducir su voluntad. Para ello, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de combatientes enemigos.
- La elección de los métodos y medios de guerra no es ilimitada.
- Está prohibido el empleo de métodos y medios de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.
- Cuando se estudien, desarrollen, adquieran o se adopten nuevos métodos o medios de guerra, se deberá determinar si no está prohibido su empleo, en ciertas o en todas las circunstancias.

De acuerdo con JAKOBS, en la anticipación de la punibilidad a estadios previos a la efectiva lesión del bien jurídico, el principio general que rige en estos casos el siguiente: siendo necesario respetar la esfera interna del potencial autor, sólo existe un comportamiento que pone en cuestión la vigencia de la norma cuando el autor se arroga un poder en una organización que no le está asignado²²⁸. En el caso que nos ocupa, la orden de utilizar o el mero uso armamentos prohibidos supone ejercer unas competencias impropias. Las Fuerzas Armadas españolas tienen prohibido expresa y terminantemente el uso de tales armas. Ordenar su uso o proceder a usarlas son dos acciones que conculcan un estándar jurídico mínimo en el seno de una organización.

Partiendo de este principio, JAKOBS procede realizar distinciones en el seno de la categoría de los delitos de peligro abstracto, llegando a diferentes conclusiones según el subgrupo de que se trate. Así, distingue por una parte, delitos de peligro abstracto a los que el legislador recurre cuando quiere organizar un ámbito social estandarizando determinadas conductas de los intervinientes en el mismo, lo cual puede ocurrir siempre que se trate de la regulación del comportamiento social (no de ámbitos privados o internos) en el que el autor intente arrogarse un poder que no le incumbe²²⁹. En algunos de ellos la peligrosidad (o *la tendencia al daño*, como JAKOBS prefiere decir²³⁰), y en otros el propio carácter externamente perturbador del comportamiento, se determinan de modo generalizado, porque la relación con el bien jurídico es sólo estadística y no necesariamente actual.

La anticipación de la punibilidad no es mayor, según este autor, que la que se da

228.-JAKOBS, Günter, *Derecho Penal, Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*, op. cit.; y del mismo autor, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, op. cit.

229.-Ibíd.

230.-Ibíd.

en la tentativa acabada²³¹. En su mayoría, estos supuestos exigen el necesario cumplimiento de la regla incluso aun cuando se pueda excluir el peligro por otros medios, porque se formulan como *delitos de desobediencia* en los que el mero ejercitar la obediencia tiene aún sentido, cuando deba ejercitarse el cumplimiento de la regla (*regelbefolgung*²³²). En ellos se exige la obediencia del destinatario también cuando se excluya una concreta puesta en peligro. Es irrelevante, a efectos penales, que una vez dada la orden de usar armas prohibidas, éstas no causen ningún mal por falta de víctimas; el mero hecho de ordenar la siembra de un campo de minas es en sí mismo punible, haya o no víctimas. La razón de esta exigencia de obediencia en todo caso quiere verse, en primer lugar, en la falta de utilidad social del comportamiento. Ya hemos visto cómo las Fuerzas Armadas más modernas, por ejemplo, niegan utilidad al uso de minas AP. En segundo lugar, en muchos casos los autores no pueden apreciar correctamente las consecuencias de la repetición o acumulación en masa de determinado tipo de comportamientos, o las consecuencias del mismo en particular. Por ello la confianza no puede basarse en este terreno en la adopción de una conducta cuidadosa, sino sólo *en la observancia sin excepción de determinadas reglas de conducta*.

El establecimiento de la prohibición contenida en los delitos de peligro abstracto supone la definición de una perturbación de la vida social, que tendrá lugar por la mera realización del comportamiento así definido, sin tener en cuenta el resultado producido, ya que tal prohibición *discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo*²³³. Resulta claro, por ello, que en estos supuestos no tiene sentido para JAKOBS ninguna restricción de la aplicación de los tipos ni, por tanto, ninguna interpretación limitadora de su alcance, rechazando incluso la posible *imprudencia individual*, porque ello haría perder la *ejercitación en la observancia de las reglas*²³⁴. En cuanto éstas no se cumplen, dolosa o culposamente, el tipo de ha cumplido, con independencia de los posibles resultados. La misma conclusión mantiene para los supuestos en los que el peligro abstracto afecta a un objeto con una *función representativa* del bien jurídico protegido en un nivel más abstracto, como por ejemplo, el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, del aparato administrativo o el recto comportamiento de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus misiones, es decir, lo que califica de *bien jurídico intermedio espiritualizado*²³⁵. Si llevamos este concepto al tema que nos ocupa, nos encontraríamos así con *el recto actuar en campaña de los ejércitos, los medios y métodos de combates prohibidos y permitidos, el uso o prohibición de uso de determinadas armas, etc.*, conceptos todos ellos que ya hemos abordado en este estudio. Desde este aspecto, su construcción podría ser perfectamente encuadrada en lo que se califica como *postura formal*, en la medida que en ella se acoge sin mayores problemas que

231.-Ibíd.

232.-MATA MARTIN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit.

233.-Ibíd.

234.-Ibíd.

235.-Ibíd.

en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad general de una determinada conducta constituye el motivo para la desaprobación de toda conducta de este tipo. Lo que caracteriza a estos delitos es la *desviación del estándar*, pero la medida de la anticipación es distinta según los casos: en un primer grupo de delitos de peligro abstracto se tipifica un comportamiento extremo que por sí mismo es perturbador y sólo se determina con carácter general la tendencia a la producción de un daño; en otro grupo, tal generalización afecta a la propia constatación de una perturbación extrema, es decir en todos ellos se produce la *generalización de la efectividad extrema a toda conducta de un determinado tipo*²³⁶.

En suma, el comportamiento como clase está excluido de raíz del ámbito de lo socialmente adecuado, simplemente porque está definido como no permitido con carácter general, porque de manera centralizada se califica como *perturbador en todo caso*²³⁷. Existe, por ello, un principio de *economía social* subyacente: lo se permiten comportamientos netamente peligrosos, por ser dañinos en sí, produzcan daños o no, porque su mera aparición ya es una amenaza para la paz social.

10.-Análisis de los tipos

De acuerdo con lo visto hasta ahora, es preciso determinar, desde el análisis del tipo, las diferencias estructurales entre ambos delitos. El CPM (LO 13/85, de 9 de diciembre) tipifica como delito estas conductas en su Libro Segundo, Título Segundo (*Delitos contra las Leyes y Usos de la Guerra*), cuyo artículo 70 establece lo siguiente:

El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Por su parte, el Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre) también contiene un precepto semejante, aunque no coincida con el tenor literal del anterior. En su Libro II, Título XXV, Capítulo III (*De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*), nos encontramos con su art. 610, que establece lo siguiente:

El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

236.-Ibíd.

237.-Ibíd.

Las diferencias quedan consignadas en el siguiente cuadro, cuya lectura proponemos para una mejor comprensión del tema:

	Código Penal Militar Art. 70	Código Penal Art. 610
Sujeto	<i>el militar</i>	<i>el que (civil o militar)</i>
Acción	<i>empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos</i>	<i>emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población</i>
Objeto	<i>leyes y usos de la guerra</i>	<i>personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado</i>
Tiempo de la acción	<i>en tiempo guerra</i>	<i>con ocasión de conflicto armado</i>
Pena	<i>prisión de tres a diez años</i>	<i>prisión de diez a quince años</i>
Agravantes	<i>en los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.</i>	<i>sistema general</i>
Concurso	<i>sistema general</i>	<i>sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos</i>

10.1.-Los sujetos. La cuestión del enjuiciamiento: ¿Jurisdicción Militar u Ordinaria?

Las primeras diferencias se refieren a los sujetos de la acción. En el código castrense, el actor debe ser un militar, mientras que en el ordinario el tipo solamente

contiene la expresión *el que*. De acuerdo con el CPM, se consideran militares, a los efectos de la represión que contempla, a las personas contenidas en el listado de su art. 8:

A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

- 1. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.*
- 2. Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas.*
- 3. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.*
- 4. Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.*
- 5. Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno.*

Solamente se consideran militares, pues, a las personas referidas. El CP contempla un actor mucho más amplio. La expresión *el que* da cabida a todo tipo de personas, civiles, militares, nacionales y extranjeros. La protección que presta el Código ordinario respecto al castrense es, pues, más amplia.

Las diferencias entre sujetos actores, según la definición típica, van más allá. De acuerdo con la lectura del Código castrense, el capítulo que regula esta figura delictiva está titulado de los *Delitos contra las leyes y usos de la guerra*. Ello se relaciona, además, con su art. 14, según el cual...

...A los efectos de este Código se entenderá que la locución en tiempo de guerra comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.

De todo lo anterior se deriva que el precepto castrense solo se puede aplicar en los supuestos previstos en este artículo, cuando el sujeto actor sea militar, se acuerdo con la definición de tal término ofrece el propio Código. En los casos en que no se reúna una de las dos características, se aplicaría el precepto del Código ordinario, aplicación que facilita la expresión con ocasión de un conflicto armado. Ahora bien, habida cuenta que nuestro Ordenamiento establece la existencia de una única jurisdicción, cuyo orden penal se articula en dos ramas, ordinario o común y militar, cabe preguntarse cuándo el órgano enjuiciador sería ordinario o militar, lo cual nos lleva al punto siguiente. En nuestro ordenamiento jurídico, la competencia de la Jurisdicción Militar se desarrolla en tres

órdenes, el civil, el administrativo y el penal. Este último es el campo más extenso y sin duda, más relevante para nuestro estudio²³⁸. Vaya por delante que, como entiende el Tribunal Constitucional en STC 113/95, en la situación competencial actual...

...reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117,5 CE impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios.

Siguiendo los principios constitucionales, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 3.1 establece que *la jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta ley*, y añade en el punto 2 del mismo artículo:

...La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos del estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y a la Ley Orgánica que lo regula sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 9 apartado 2 de esta ley. (Este párrafo 2 del Artículo 3 de la LOPJ atribuye a esta jurisdicción, en el orden civil, la prevención de los juicios de testamentaría y abintestato de los militares que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación.)

Nuestra Constitución contempla la intervención de la Jurisdicción Militar desde una doble perspectiva, según el Estado se encuentre en un *estado de normalidad constitucional* o en un *estado de excepcionalidad*²³⁹.

238.-Se articula una competencia administrativa de naturaleza revisora de las sanciones administrativo-sancionadoras, por hechos constitutivos de falta disciplinaria, y se mantienen competencias civiles de modo residual, para la prevención de los juicios de testamentaría y abintestato. Art. 4 LO 4/87: *La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las Leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio..*

239.-SERRANO ALBERCA interpreta que el término *ámbito estrictamente castrense* se refiere a las situaciones de plena normalidad constitucional y que la expresión *los supuestos del estado de sitio* se refiere a las situaciones de anormalidad. Cf. SERRANO ALBERCA, *Comentario al artículo 117*, en GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Cívitas, 1980.

A.-La Jurisdicción Militar en situaciones de anormalidad

La característica esencial de los estados de anormalidad es la ampliación de la competencia de la jurisdicción castrense²⁴⁰. En tiempo de paz, simplemente está dirigida a la tutela de los bienes jurídicos esenciales de los Ejércitos; en tiempo de guerra donde las necesidades de ésta, aun sujetándolas en lo posible a normas jurídicas flexibles, preponderan sobre otros valores o bienes jurídicos, por muy importantes que sean en tiempo de paz.

Es en tiempo de guerra cuando la libertad de los ciudadanos sufre fuertes restricciones y la seguridad de las Fuerzas Armadas se convierte en exigencia primordial, es normal una extensión de las competencias²⁴¹. Esta exigencia de seguridad se produce porque el último garante de la soberanía e independencia de la Patria, de la integridad territorial y del ordenamiento constitucional son, en virtud del artículo 8 de nuestra Constitución, las Fuerzas Armadas. La Ley Orgánica 4/1981 reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el artículo 116 de nuestra Carta Magna, define el concepto de *estado de sitio* en su artículo 32:

...cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios.

Los conceptos de guerra y estado de sitio son conceptos que van inevitablemente unidos, aunque no todo estado de sitio conlleva la necesaria existencia de conflicto bélico. El concepto de guerra es un concepto sociopolítico y de Derecho Internacional Público, positivizado en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del más que anticuado pero expresivo, artículo 14 del vigente Código Penal Militar:

...comprende el período que comienza con la declaración formal de Guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera y termina en el momento en que cesen éstas.

El estado de sitio podrá declararse en situaciones que no sean de guerra, como por ejemplo en situaciones prebélicas²⁴². El procedimiento para declarar el estado de sitio es el

240.-VALENCIANO ALMOYNA, J., "En torno a un nuevo Código de Justicia Militar", *REDM*, nº 35 (enero-junio de 1978), p. 57.

241.-VEUTRO, V., "La independencia en la Justicia Militar", *REDM*, nº 37 (enero - junio de 1979), ps. 9 a 13.

242.-El artículo 2 del I Convenio de Ginebra señala: *Aparte de las disposiciones que deban entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas. El convenio se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de la totalidad o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque la ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias contendientes no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son partes en el mismo quedarán sin embargo obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán*

previsto en el artículo 116.4 de la Constitución y en los Artículos 33.2, 34 y 35 de la L.O.4/81 y su efecto, además de la suspensión de determinados Derechos Fundamentales es la *militarización de la vida del territorio afectado*.

1. *El Gobierno designará la Autoridad Militar que, bajo su dirección, habrá de ejecutar las medidas que procedan...*
2. *La Autoridad Militar procederá a difundir los oportunos bandos que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio.*
3. *...el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar.*

A pesar de la dificultad para diferenciar la guerra del estado de sitio, lo gaseoso de la locución guerra y la imposibilidad de imaginar una situación en que proceda la declaración del estado de sitio que no sea una crisis bélica hemos de tener en cuenta que en su momento fue necesaria la diferenciación teórica pues de la existencia de la guerra dependía la posibilidad de aplicar la pena de muerte. El artículo 15 de la Constitución abole la pena de muerte, salvo lo previsto por las leyes militares en tiempo de guerra. Hoy en día la pena de muerte ha sido eliminada, en virtud de la Ley Orgánica 11/95²⁴³ incluso en ese *tiempo de guerra*, aunque no es menos cierto que no se ha procedido a la reforma del citado artículo 15 y que lo que por Ley Orgánica se abole, por Ley Orgánica se restaura.

Hemos analizado, pues, uno de los supuestos constitucionales que articula la competencia de la jurisdicción castrense y hemos visto cómo es en este estado de anormalidad institucional, llámese guerra, llámese *sitio*, cuando la Jurisdicción Militar puede ver ampliado su catálogo competencial. En este sentido no podemos perder de vista que el ensanchamiento de la competencia enjuiciadora de los órganos judiciales militares se producirá sólo en el marco de la situación de sitio formalmente declarada y en los términos de la declaración aprobada por el Congreso de los Diputados.

Por último diremos que el ejercicio de la potestad normativa por medio de bando y la ampliación competencial han de verificarse de acuerdo con los principios de la Constitución. El ejercicio concentrado de los poderes constitucionales de emergencia debe ejercerse de modo legítimo, ya que su objetivo es defender el orden constitucional, no destruirlo.

B.-La Jurisdicción Militar en situaciones de normalidad

además obligadas por el Convenio respecto a dicha Potencia, en tanto que ésta acepte y aplique sus disposiciones.

243.-Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempo de Guerra. Artículo 1. Objeto y fin. *Queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra. Los arts. 2, 3 y 4 establecen modificaciones en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, Ley Orgánica 4/1987 y Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.*

El artículo 95 de la Constitución de 1931 prescribía que *la Jurisdicción Militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas a la disciplina de los institutos armados*. Nuestro Texto Magno no ha acotado explícitamente el ámbito de competencia de la Jurisdicción que estudiamos, acotándola de un modo impreciso en el marco fijado por el término *ámbito estrictamente castrense*. La Constitución es en éste sentido mucho mas flexible que su predecesora, pero sin duda no es su texto el lugar adecuado para fijar los límites máximo y mínimo de la competencia²⁴⁴. Sea como sea, el ejercicio de las competencias atribuidas debe realizarse, según el artículo 117.5, de acuerdo con la Constitución y las leyes, lo cual significa que las peculiaridades de la Jurisdicción castrense no podrán olvidar los principios que aquella imponga a la Jurisdicción ordinaria, los que contempla el Título VI respecto del Poder Judicial y los demás principios constitucionales de general aplicación. Establecida la paridad entre los conceptos *tiempo de Paz y ámbito estrictamente castrense*, estamos en condición de intentar analizar el significado de esta última locución.

La doctrina analiza la expresión y aporta diferentes concepciones de tal suerte que la competencia objetiva de la Jurisdicción Militar, según los autores, debería limitarse a los delitos típicamente militares y a sus conexos, a los cometidos en lugar militar, a la protección de los intereses de los Ejércitos o en todo lo que afecte al servicio y a la eficacia de aquellos. La locución *ámbito estrictamente castrense* es flexible y fija un límite mínimo y otro máximo, que debe ser marcados por la Ley y supone así la utilización por el legislador de un concepto jurídico indeterminado. Por otro lado es evidente que la concreción de ese ámbito es esencial para crear e interpretar el ámbito restrictivo en el que ha de moverse la competencia jurisdiccional castrense. En este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional nº 75/1982, de 13 de diciembre, de la que la doctrina ha destacada su fundamento jurídico segundo donde, en relación con el artículo 117.5 de la Constitución señala:

...El precepto remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene también un valor interpretativo de tal regulación legal. En este sentido, y prescindiendo de la hipótesis del estado de sitio que aquí no interesa, resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al "ámbito estrictamente castrense". Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 60/1991 de 14 de marzo²⁴⁵, afirma que *el ámbito estrictamente castrense es un concepto constitucional indeterminado, cuya concreción corresponde, en principio, al legislador*. Curiosamente y hasta el momento, el legislador ha incumplido el mandato constitucional, de delimitar ese ámbito, plasmado en la expresión "*la*

244.-SERRANO ALBERCA, *Comentario al artículo 117*, op. cit.

245.-Recaída en la cuestión de constitucionalidad promovida por el Juzgado Togado Militar Territorial nº 46 (Pamplona).

ley regulará", al tiempo que ha desoído el dictamen del Alto Tribunal, cuyas sentencias, también curiosamente, le vinculan. Para definir éste concepto indeterminado podemos acudir a la sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad nº 545/1990 que nos dice que...

...Como jurisdicción especial penal, la Jurisdicción Militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido, con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión...; con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito; y en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado uti miles por lo que la condición de militar del sujeto activo al que se imputa el delito debe ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.²⁴⁶

La delimitación del concepto por la jurisprudencia no basta para aclarar la situación ya que se puede llegar a situaciones tan curiosas como la producida en la cuestión de constitucionalidad promovida por el Juzgado Togado Militar Territorial nº 46, antes citada, en la que al analizar la constitucionalidad del, hoy derogado, artículo 127 del Código Penal Militar, relativo a la negativa injustificada a cumplir el Servicio Militar, se establecía que...

...el bien jurídico protegido es el cumplimiento del Servicio Militar; protege el interés del Estado de la defensa militar de España...; que afecta al orden propio la disciplina y el régimen de funcionamiento de la defensa nacional encomendada constitucionalmente a las Fuerzas Armadas...por lo que la omisión del cumplimiento...es una conducta incluíble dentro de lo estrictamente castrense.

Poco tiempo después, el legislador entendió que aquello ya no entraba en el referido ámbito y de este modo la LO 13/1991, en su Disposición Adicional VIII, dejó sin contenido el mencionado artículo 127, al tiempo que introducía en la Disposición Adicional VII una sección tercera al capítulo II bis del Título I, Libro II del Código Penal Común que llevaba por rúbrica *De los delitos contra el deber de prestación del Servicio Militar*, entre los cuales se

246.-En este mismo sentido, las Sentencias de la Sala V del TS de 24 de junio de 1991 y También es interesante la doctrina de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, que en sentencia de fecha 2 de abril de 1990, resolviendo el conflicto nº 9/1989, señala que *... para solucionar los conflictos jurisdiccionales surgidos con la Jurisdicción Militar no basta con la mera interpretación gramatical o sistemática de los preceptos sustantivos y procesales que puedan entrar en colisión, es necesario profundizar en las situaciones jurídicas enfrentadas para examinar si se ha producido una lesión a intereses estrictamente militares o, por el contrario, existen otros bienes jurídicos que se estimen dignos de protección preferente por la Jurisdicción Ordinaria...En este caso el bien jurídico atacado tiene un carácter eminentemente castrense que atribuye la competencia a la Jurisdicción Militar* de 23 de enero de 1992 y las STC 204/1994 de 11 de julio y 1137/1995 de 6 de julio.

introdujo el artículo 135 bis i que sustituyó al tipo dejado sin contenido, todo ello sin que ni en el Preámbulo ni en ningún otro texto de interpretación auténtica se justificara el cambio de atribución jurisdiccional de algo que de un modo vinculante definía el Tribunal Constitucional como *estrictamente castrense*. Por todo lo expuesto, y para evitar los constantes conflictos que la interpretación del término genera, se hace imprescindible que el legislador elabore una definición que lleva esperando veintitrés años.

La Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, extiende la competencia de ésta, en sus artículos 12 y 13 del siguiente modo:

A.-Tiempo de paz

1. *Los comprendidos en el Código Penal Militar... incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al código penal común les corresponda pena más grave con arreglo a este último en cuyo caso se aplicará éste.*
2. *Los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.*
3. *Los que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de fuerzas o unidades españolas de cualquier ejército.*
4. *En los casos del número anterior, aunque no existan tratados, los tipificados en la legislación española siempre que el inculpado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan fuerzas o unidades militares españolas.*

B.-Tiempo de guerra (además de los anteriores)

1. *Los que se determinen en tratados con potencia u organización aliada.*
2. *Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, por las cortes o el gobierno.*
3. *Los tipificados en la legislación española, si se cometen fuera del suelo nacional y el inculpado es militar español o persona que siga a las fuerzas o unidades españolas.*
4. *Todos los cometidos por prisioneros de guerra.*

A estas competencias, debemos añadir:

1. *Los delitos conexos y las cuestiones incidentales del procedimiento. (arts.15 y 16).*
2. *La tutela jurisdiccional de los recurrentes en los procedimientos Contencioso - Disciplinarios. (art.17).*
3. *La potestad disciplinaria judicial respecto de todo interviniente en un proceso militar. (art.18).*

La segunda gran vertiente de lo que venimos llamando campo común o normal de la Jurisdicción Militar viene constituido, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 de la LO 4/1987, por la función de tutela jurisdiccional en vía disciplinaria, que abarca de acuerdo con el contenido del artículo 17 del mismo texto legal, tanto a los que recurran contra sanciones del régimen disciplinario general de las Fuerzas Armadas regulado en la LO 8/1998 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y en la LO12/1991 del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (procedimiento contencioso disciplinario militar), como a los que hagan contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar, recurso este último cuyo conocimiento atribuye el artículo 236 LO de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

10.2.-Autor mediato e inmediato. La orden de usar y la obediencia debida

Obsérvese en el tipo que quedan en un mismo plano represivo el sujeto que ordena el uso y el que usa físicamente las armas productores de daños superfluos y males innecesarios. Se unen, pues, tanto el autor moral como el autor en sentido estricto. El Derecho Militar español remite, en la elaboración de sus conceptos generales, a la teoría general del Derecho Penal²⁴⁷, con lo cual es preciso tener presente unas notas al respecto.

El anterior Código Penal, tras la reforma de 1973, estableció en su art. 14 lo siguiente:

Se consideran autores:

1.º *Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.*

2.º *Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo.*

3.º *Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.*

Sobre cuál era el contenido del art. 14, en general, y de su punto 1º, en particular, se mantenían dos tesis distintas en la dogmática española²⁴⁸. Para la primera dirección, el art. 14 se debía interpretar en el sentido de que el *verdadero autor* o *autor en sentido estricto* era el descrito en el artículo 14.1.º, mientras que los que *inducen* (art. 14.2.º) o *cooperan necesariamente* (art.14.3.º) no eran *verdaderos autores*, sino únicamente partícipes a los que, mediante la ficción de *considerarles autores*, se les equiparaba (pero únicamente a efectos de punibilidad) con el autor principal. De acuerdo con una segunda teoría, *autor en sentido estricto* sería aquel cuya conducta era subsumible, sin más, en el correspondiente tipo penal, esto es: el que hurtaba, el que falsificaba o el que violaba, mientras que el artículo 14.1.º era una *causa de ampliación de la tipicidad* (como lo podían ser las de los párrafos 2º o 3º del art. 14) aplicable a aquellos que, sin ser *autores en sentido estricto*, no

247.-El art. 5 del CPM establece que *las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código.*

248.-CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. III: Teoría Jurídica del Delito*, op. cit.

obstante intervenían en el hecho con actos ejecutivos. El Código Penal de 1995 se entromete nuevamente en una discusión científica abierta y en su artículo 28²⁴⁹ toma posición descaradamente a favor de la primera tesis:

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a. Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b. Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

A estos efectos, el Código suprime en la definición del artículo 28 a los que *toman parte directa en la ejecución del hecho* del antiguo art. 14.1º, sustituyéndolos por *quienes realizan el hecho [...] conjuntamente*, y afirmando de ellos que *son autores*. Con ello se diferencian los inductores y los cooperadores necesarios del artículo 28.a) y b), de los que dice que sólo *serán considerados autores*.

Sin embargo, y a pesar de todos estos esfuerzos del legislador de 1995, la situación no ha cambiado en nada. Si A sujeta por la fuerza a una mujer mientras B yace con ella, por mucho que A y B hayan actuado conjuntamente y que ambos sean, por consiguiente y en el sentido del artículo 28, autores, es evidente, por redundante, que sólo ha cumplido el tipo de *atentar con violencia contra la libertad sexual de otra persona mediante acceso carnal* (art. 178 en relación con el 179) quien efectivamente ha *atentado contra la libertad sexual mediante acceso carnal*; y que quien ha aplicado fuerza sin tener acceso carnal ha realizado una conducta no subsumible en el tipo de violación, por lo que su responsabilidad (al contrario de lo que sucede con el autor en sentido estricto) sólo puede fundamentarse sobre la base de poner en relación el concreto delito con la *causa de ampliación de la tipicidad* del artículo 28, párrafo 1º, (*conjuntamente*). De todo lo expuesto se deriva que el art. 28 contiene dos clases de autores asimilados, a quienes se les equipara, a los puros efectos de penalidad, pero sin serlo, con el autor en sentido estricto: los autores asimilados de la *categoría A*, que, sin cumplir el tipo (y de los que se predica, no obstante, que *son autores*), realizan el hecho conjuntamente con el autor *en sentido estricto*; y los autores asimilados de la *categoría B*, que inducen o cooperan necesariamente al hecho, y de los que se dice, esta vez correctamente (porque tampoco son autores en sentido estricto), que, asimismo y a los únicos efectos de penalidad, deben ser *considerados autores*²⁵⁰.

Desde este punto de partida, ¿cómo contempla el art. 70 y el art. 610 a los sujetos actores? Sitúa en un mismo plano a quien *ordena usar* y a quien *usa* un arma prohibida. El primero de los sujetos (orden de uso) es subsumible directamente en el art. 28 a), es decir, induce *directamente a otro u otros a ejecutar* una acción. La diferencia con el autor *en*

249.-Ibíd.

250.-Ibíd.

sentido estricto parece clara: éste sería quien efectiva y positivamente los medios o métodos de combate prohibidos. Así pues, al menos a efectos de tipicidad y de punibilidad, el inductor y el autor estricto reciben el mismo tratamiento²⁵¹.

Las posibles relaciones entre quien dicta las órdenes y el ejecutor material nos lleva a las teorías, tan manidas, de la obediencia debida. La cuestión de si se deben invocar las órdenes superiores como una forma de eximente ha sido motivo de controversia desde el juicio de Peter von Hagenbach en el siglo XV²⁵² y refleja el conflicto que surge entre las exigencias de la disciplina y las de la justicia frente a la impunidad. Peter de Hagenbach, de quien ya se ha hablado, fue juzgado por el régimen de terror que impuso al interior de la ciudad fortificada de Breisach en 1474²⁵³. Su defensor alegó que Hagenbach *had no right to question the order which he was charged to carry out, and it was his duty to obey*²⁵⁴. El tribunal rechazó su defensa, lo declaró culpable y lo condenó a la pena capital. Más tarde, el 1660, el comandante de la guardia responsable de la ejecución de Carlos I de Inglaterra, el coronel Axtell, fue juzgado por traición y homicidio. Este último invocó la defensa de obediencia a la orden de un superior, pero los jueces rechazaron su defensa aduciendo que quien obedeciera una orden que condujera a una traición debería ser considerado como un traidor²⁵⁵:

*His superior was a traitor, and all that joined him in that act were traitorous and did by that approve the treason; and where the command was traitorous, there the obedience to that command is also traitorous.*²⁵⁶

Desde muy temprano, la defensa de órdenes superiores preocupaba ya a los filósofos y a los juristas. Para HOBBS, la orden de un superior exigía obediencia absoluta:

*When I do, by order, an act which is a wrong for the one who commands it, it is not my wrongdoing, as far as the commander is my legitime master*²⁵⁷

251.-Ibíd.

252.-Para un tratamiento completo del juicio, cf. GREPPI, Edoardo, “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, *RICR*, n° 835 (septiembre 1999), ps. 531 y sis.

253.-WOETZEL, R.K., *The Nuremberg Trials in International Law*, Londres: Stevens & Sons, 1962, ps. 19 y 20.

254.-SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunal: The Law of conflict*, vol. II, Londres: Stevens & Sons Ltd., 1968, p. 466.

255.-MCCOUBREY, H., *International Humanitarian Law: Modern developments in the limitation of warfare*, Ashgate: Brookfield, 1998, p. 219.

256.-Ibíd.

257.-HOBBS, *Elements Philosophica De Cive*, cap. 12, párr. 1 y 2, citado en BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Law*, La Haya/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 454.

LOCKE, al contrario, consideraba que no se debía ejecutar la orden impartida por un superior y que fuese ilegal, puesto que lo humano debía ser, ante todo, leal para con la ley. GROCIO iba en la misma dirección y consideraba que la única forma de oponer resistencia a la injusticia era no aceptar la defensa de órdenes superiores cuando ellas no eran legítimas²⁵⁸. Fue esta idea la que orientó a la gran mayoría de pensadores y, como veremos, es la misma que sigue prevaleciendo hoy.

OPPENHEIM, en la primera edición de su obra ya clásica sobre derecho internacional publicada en 1906, afirmaba:

*En caso de que miembros de las fuerzas cometan violaciones ordenadas por sus jefes, no se castigará a dichos miembros, pues sólo los jefes son responsables, y en consecuencia, cuando a éstos los capture el enemigo, pueden ser castigados como criminales de guerra.*²⁵⁹

La cuestión surgió en los Juicios de Leipzig, tras la Primera Guerra Mundial. El primer juicio relevante fue el *caso del "Castillo de Llandovery"*. Dos tenientes fueron condenados por haber ejecutado una orden manifiestamente ilegal, al torpedear el buque hospital "*Castillo de Llandovery*" (bajo pabellón británico) y hundir los botes salvavidas para estar seguros de que no quedaría ningún testigo de su crimen²⁶⁰. El juez llegó a la conclusión de que la defensa de órdenes superiores era inadmisibles como justificación, habida cuenta que los soldados debían saber que la orden impartida por su comandante era manifiestamente ilegal. El Tribunal Supremo de Leipzig, considerando una disposición similar del Código Penal Militar alemán, dictaminó lo siguiente:

*Sin embargo, el subordinado que obedezca una orden está sujeto a castigo si tenía conocimiento de que la orden del superior implicaba la violación del derecho civil o militar [...] Cabe ciertamente argüir en favor de los subordinados militares que no están en la obligación de cuestionar la orden de su oficial superior, y que pueden dar por sentada la legalidad de ésta. Pero no puede sostenerse tal certeza si todo el mundo, incluido el acusado, sabe que la orden en cuestión es ilegal y no cabe la menor duda de ello.*²⁶¹

258.-Ibid., p. 455.

259.-OPPENHEIM, L., *International Law: A Treatise*, vol. 2, 1906, p. 264. *In case members of forces commit violations ordered by their commanders, the members may not be punished, for the commanders are alone responsible, and the latter may, therefore, be punished as war criminals on their capture by the enemy.*

260.-*Empire c. Dithmar and Boldt* (Hospital ship "Llandovery Castle"), (1921) 2 ILR 437, 16 A.J.I.L. 708 *German War Trial, Reports of Proceedings before the Supreme Court in Leipzig*, CMD. 1450, Londres, H.M.S.O., 1921, ps. 56-57.

261.-"The Llandovery Castle Case", *Annual Digest 1923-1924*, Case no 235, Full Report, 1921 (CMD. 1450), p. 45. *However, the subordinate obeying an order is liable to punishment, if it was known to him that the order of the superior involved the infringement of civil or military law [...] It is certainly to be urged in favour of the military subordinates that they are under no obligation to question the order of their superior officer,*

La segunda sentencia, conocida comúnmente como "*Castillo de Dover*"²⁶², plantea mayores problemas. Mediante dos memorandos, el gobierno alemán habría ordenado el hundimiento de todos los barcos hospitales porque tenía serios indicios para creer que tales embarcaciones transportaban militares y, en consecuencia, podían constituir objetivos militares. La Corte aceptó la defensa de órdenes superiores y, en efecto, consideró que esta defensa es aceptable en todo tiempo. No obstante, ella estableció dos límites: cuando el subordinado va más allá de la orden impartida o cuando el subordinado sabe que la orden es contraria a Derecho. Y es aquí donde reside el peligro de aceptar la defensa de órdenes superiores en algunos casos. Dado que las órdenes las impartió el mismo gobierno, la Corte consideró procedente creer que los subordinados habían juzgado la orden como legítima.

Este estado de cosas permaneció hasta que se constituyó el Tribunal de Nuremberg: en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional se disponía lo siguiente:

*El hecho de que el acusado haya actuado siguiendo una orden de su Gobierno o de un superior no lo eximirá de su responsabilidad, aunque puede considerarse como atenuante de la pena, si el Tribunal decide que así lo exige la justicia*²⁶³.

Si se examina la historia de las gestiones conducentes al Estatuto, la impresión que se obtiene es diferente. En 1941 se había formado una comisión para redactar las normas de procedimiento para los futuros enjuiciamientos de criminales de guerra y se había creado un subcomité para examinar la cuestión de las órdenes superiores. Sobre ellos, se informó lo siguiente:

*En general, los códigos de derecho de los respectivos países reconocen la validez de la justificación fundada en las órdenes superiores, si la orden la imparte un superior a un oficial inferior, en el ejercicio de sus funciones y dentro de su competencia normal, a condición de que la orden no sea manifiestamente ilegal. Se llegó a la conclusión de que cada caso ha de examinarse según su propia sustancia, y de que la justificación no constituye un eximente automático.*²⁶⁴

and they can count upon its legality. But no such confidence can be held to exist, if such an order is universally known to everybody, including the accused, to be without any doubt whatever against the law.

262.-*Empire c. Neumann (Hospital ship "Dover Castle")*, 16 AJIL 704.

263.-*The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.*

264.-*History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, 1948, citado en LEVIE, Howard S., "The rise and fall of an internationally codified denial of the defense of superior orders", *Revue internationale de droit militaire et de droit de la guerre*, vol. 31, 1991, pp. 183. *Generally speaking, the codes of law of the respective countries recognise the plea of superior orders to be valid if the order is given by a superior to an inferior officer, within the course of his duty and within his normal competence, provided the order is not blatantly illegal. The conclusion reached was that each case must be considered on its own merits, but that the plea is not an automatic defence.*

Similar punto de vista adoptó el *Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas para la Investigación de los Crímenes de Guerra*, establecido en 1943. Sin embargo, esta posición no contó con el apoyo unánime, y para 1945, la Comisión tuvo que aceptar que *no considera que sea posible y provechoso proponer ningún principio o norma*²⁶⁵. Con todo, añadió que *por sí mismo, el mero hecho de haber actuado obedeciendo órdenes de un superior no exime de responsabilidad a la persona que ha cometido un crimen de guerra*²⁶⁶. El proyecto de Estados Unidos que fue incluido en el documento de trabajo para la Conferencia de Londres rezaba así:

*En cualquier juicio ante un Tribunal Militar Internacional, el hecho de que el acusado haya actuado siguiendo la orden de un superior o la aprobación de su gobierno no constituirá en sí mismo un eximente, pero puede tenerse en cuenta ya sea como eximente ya como atenuante del castigo, si el tribunal decide que así lo exige la justicia*²⁶⁷.

No obstante, hay que destacar que esta propuesta fue formulada para un tribunal que estaba siendo formado para enjuiciar a los principales criminales de guerra alemanes. Este argumento fue esgrimido en los debates sobre las órdenes superiores en la Conferencia de Londres, cuando el general Nikitchenko, representante de la Unión Soviética, preguntó lo siguiente:

*Cuando se habla de criminales notorios, ¿sería verdaderamente apropiado aludir a que estaban cumpliendo una orden de un superior? No se trata en realidad de una cuestión de principio, pero yo me pregunto si de veras es necesario cuando se habla de criminales notorios.*²⁶⁸

El debate terminó con el acuerdo de que invocar las órdenes superiores no debían constituir una *eximente absoluta*, pero que debía dejarse a la Corte la facultad de considerar la invocación como atenuante. Se aprobó el artículo 8 tras haber eliminado toda referencia a las órdenes superiores como eximente, absoluta o de cualquier otro tipo. Posteriormente, en

265.-*It does not consider that it can usefully propound any principle or rule.* Ibid.

266.-"*... that the mere fact of having acted in obedience to the orders of a superior does not of itself relieve a person who has committed a war crime from responsibility.* Ibid.

267.-Informe de Robert H. Jackson, representante de Estados Unidos a la Conferencia Internacional sobre Juicios Militares, 1949, pp. 22 y 24, Ibid. *In any trial before an International Military Tribunal the fact that a defendant acted pursuant to order of a superior or government sanction shall not constitute a defense per se, but may be considered either in defense or in mitigation of punishment if the tribunal determines that justice so requires.*

268.-Ibid, ps. 367/8. *Would it be proper really in speaking of major criminals to speak of them as carrying out some order of a superior? This is not a question of principle really, but I wonder if that is necessary when speaking of major criminals.*

la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado se insertó una disposición similar, estipulada respecto de los juicios de los criminales de guerra alemanes de menor importancia.

En Nuremberg, los crímenes que se alegaban eran de tal magnitud que poco o nada importó la índole absoluta del rechazo a aceptar como eximente las órdenes superiores. Los tribunales posteriores tuvieron, en cambio, mayor dificultad, procuraron resolver la cuestión tratándola como *un asunto de intención*. Por ejemplo, en el *Hostage Case (Estados Unidos contra Wilhelm List et. al.)*, el Tribunal dictaminó lo siguiente:

*En nuestra opinión (...) si la ilicitud de la orden no era conocida por el inferior, y no se podía razonablemente esperar de él que la conociera, no existe el dolo - intención de obrar ilícitamente -, necesario para que se dé la comisión del delito, por lo que el inferior estará protegido. Pero la regla general es que los miembros de las fuerzas armadas tienen la obligación de obedecer únicamente las órdenes lícitas de sus superiores y no pueden eludir su responsabilidad penal por obedecer una orden que viola el derecho internacional y ultraja las nociones fundamentales de justicia.*²⁶⁹

En el *Caso Einsatzgruppen (Estados Unidos v. Otto Ohlendorf et al.)*²⁷⁰ se consideró que las órdenes superiores eran una *forma de coacción*. En el *Caso del Alto Mando (High Command Case, Estados Unidos v. Wilhelm von Leeb et al.)*, el Tribunal decidió lo siguiente:

*En virtud del derecho internacional humanitario, no podrá acusarse de participación criminal a los jefes militares en el terreno con responsabilidades militares de largo alcance por haber impartido órdenes cuya criminalidad no sea evidente o cuyo carácter criminal en virtud del derecho internacional no se haya demostrado que era conocido por ellos.*²⁷¹

Desde 1945, como se refleja en las sentencias de diversos tribunales, la comunidad internacional ha luchado por encontrar una manera de reconciliar la estricta norma de Nuremberg con las realidades de la vida militar. Se han examinado diferentes soluciones. La Comisión de Derecho Internacional, procurando compendiar los principios de Derecho Internacional que se derivan del Tribunal de Nuremberg, propuso la prueba de determinar si

269.-*Trials of War Criminals*, vol. XI, p. 1236. *We are of the view ... that if the illegality of the order was not known to the inferior, and he could not reasonably have been expected to know of its illegality, no wrongful intent necessary to the commission of a crime exists and the inferior will be protected. But the general rule is that the members of the armed forces are bound to obey only the lawful orders of their commanding officers and they cannot escape criminal liability by obeying a command which violates international law and outrages fundamental concepts of justice.*

270.-*Ibíd.*, vol. IV, p. 411.

271.-*Ibíd.*, vol. IX, p. 511. *Military commanders in the field with far reaching military responsibilities cannot be charged under international law with criminal participation in issuing orders which are not obviously criminal or which they are not shown to have known to be criminal under international law.*

era posible de hecho una elección moral²⁷², pero esto resultó inaceptable. El Comité Internacional de la Cruz Roja sometió un proyecto de texto a la Conferencia Diplomática de 1949 que elaboró los Convenios de Ginebra, pero fue rechazado:

*La Conferencia Diplomática no está aquí para desarrollar el Derecho Penal Internacional. Organismos mucho más competentes que nosotros han estado tratando de hacerlo durante años.*²⁷³

Con suerte similar corrió una disposición sometida a la Conferencia Diplomática que elaboró los Protocolos de 1977. El texto del proyecto final contenía un artículo, el 77, que rezaba así:

*El mero hecho de haber actuado obedeciendo una orden de una autoridad o de un superior no exime a la persona acusada de su responsabilidad penal, si se determina que en las circunstancias del momento sabía o debería haber sabido que estaba cometiendo una infracción grave de los Convenios o de este Protocolo. No obstante, puede ser tenido en cuenta como atenuante de la pena.*²⁷⁴

Aunque el texto fue aceptado por una mayoría, no alcanzó las dos terceras partes requeridas para su inclusión en el Protocolo, por lo que fue rechazado²⁷⁵. La opinión académica se dividió en dos grupos. El primero rechazó cualquier propuesta de considerar que puedan invocarse las órdenes superiores como eximente y el segundo aceptó este eximente si las órdenes no habían sido manifiestamente ilícitas²⁷⁶.

En el Derecho Penal español ha habido tradicionalmente un planteamiento del problema de la obediencia teñido por defectos igualmente graves: una cierta inclinación favorable hacia el principio de autoridad por encima del principio de legalidad, y una simultánea tolerancia con el funcionario que cumple órdenes a conciencia de su carácter injusto. Esta situación se plasmaba en tres criterios legales que, como por fin ha comprendido el legislador del Código de 1995, eran incompatibles:

272.-United Nations, *International Law Commission Yearbook 1950*, Formulation of the Nuremberg Principles, Nueva York, UN Press, p. 374.

273.-*Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, vol. IIB. p. 115. *The Diplomatic Conference is not here to work out international penal law. Bodies far more competent than we are have tried to do it for years.*

274.-*Official Record of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, vol. III, p. 331. *The mere fact of having acted pursuant to an order of an authority or a superior does not absolve an accused person from penal responsibility, if it be established that in the circumstances at the time he knew or should have known that he was committing a grave breach of the Conventions or of this Protocol. It may, however, be taken into account in mitigation of punishment.*

275.-Ibíd., vol. VI, p. 308.

276.-ROGERS P.V., *Law on the Battlefield*, Londres: Manchester University Press, 1996, ps. 144 y 145.

- Incriminación de la desobediencia abierta a órdenes correctamente formuladas en lo formal, aunque fueran ilegales, con tal de que esa ilegalidad no fuese manifiesta.
- Autorización para no obedecer las órdenes manifiestamente ilegales, sin incurrir en responsabilidad por desobediencia. Algunos penalistas habían señalado que el incumplimiento de lo abiertamente ilícito era algo cuya evidencia no precisaba de especial autorización o de la ley.
- Eximente de obediencia debida para aquellos casos en los que el funcionario cumpliera una orden cuya realización comportaba la realización de un tipo legal de delito. La combinación de estas normas generaba un efecto perverso: ante una orden injusta, incluso delictiva, el funcionario que la recibía podía elegir entre desobedecer, haciendo uso de una facultad legal expresa, o cumplir, en cuyo caso podía invocar la cobertura de la eximente de obediencia debida, a pesar de la contradicción que implicaba conceder ese beneficio a quien, por deducción de la propia ley, no se había obligado jurídicamente a cumplir la orden.

Este estado de cosas fue paulatinamente denunciado por la doctrina, que reclamó una sustancial modificación del régimen legal de la obediencia y de la desobediencia, girando todo en torno a una sola idea central: ni la eficacia de la Administración pública, ni el principio de autoridad y jerarquía pueden colocarse nunca por encima del principio de legalidad penal y de la tutela penal de ciertos bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro no puede ni justificarse ni exculparse en nombre de la obediencia.

Las modificaciones introducidas por el Legislador de 1995 se concentran en lo siguiente:

1. Desaparición de la eximente de obediencia debida, puesto que los casos en ella incluidos que pueden razonablemente ser contemplados como situaciones de exención de responsabilidad, se resuelven mejor a través de la eximente de estado de necesidad, de ejercicio de un derecho o del cumplimiento legítimo de un cargo. Todo lo que no sea eso no tiene razón para merecer exención de responsabilidad criminal.
2. Mantenimiento de la posibilidad de no cumplir órdenes que sean manifiestamente ilegales. La reflexión inmediata es que las órdenes que pasen por la realización de un tipo de delito, difícilmente *no serán ilegales manifiestamente*, pero esa consideración ha de tomarse como posibilidad muy frecuente, mas no como regla, ya que eso depende también de la preparación general y jurídica del subordinado.
3. Supresión de las diferencias que el artículo 369 del antiguo Código Penal disponía, en cuanto a la capacidad de desobedecer, establecidas de acuerdo con la condición de Autoridad o a su ausencia. En conclusión de todo ello, el régimen del nuevo Código supone que las órdenes manifiestamente antijurídicas no han de cumplirse, y

si un subordinado las ejecuta con conciencia de esa injusticia, no podrá esperar el amparo de la eximente pues despreció la autorización para no desobedecer que le brindaba el tipo.

La nueva conducta típica se ha recogido en el art. 410 del Código Penal, según el cual...

Artículo 410.

1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

Entrando ya en el análisis técnico, encontramos requisitos que atañen a la relación entre superior e inferior y requisitos que afectan a la orden misma. Así, es preciso que exista un presupuesto de relación jerárquica, entre quien dicta la orden y quien la recibe debe existir tal relación, establecida por el Derecho Administrativo funcional o el militar²⁷⁷. Este requisito previo puede suscitar problemas en algunos casos en que la relación de servicio y la funcional se diferencian, dando lugar a que no sea sencillo decidir quien es el superior jerárquico o cuántos superiores jerárquicos tiene un mismo funcionario.

El segundo de ellos es la orden y sus requisitos. La orden debe provenir del superior jerárquico competente por razón de la materia y, en su caso, de la clase de órgano y del territorio jurisdiccional, y ha de estar revestida de los correspondientes requisitos ajustados a la naturaleza de cada orden, lo que significa que no necesariamente ha de tratarse de órdenes transmitidas por escrito, aunque la expresión «formalidades legales» así induzca a creerlo. Asimismo, ha de estar dirigida a funcionario concreto o concretable, lo que excluye órdenes dirigidas a colectivos de funcionarios. Con mayor motivo se excluyen las disposiciones reglamentarias o contenidas en órdenes o circulares, pues carecen de ese imprescindible carácter de mandatos específicos y singulares

En cuanto a los destinatarios, tal como hemos advertido, los han de ser *autoridades o funcionarios públicos* (de carrera o interinos), sometidos jerárquicamente y relacionados con su superior a través del Derecho administrativo y disciplinario. Por lo tanto, la situación no podrá plantearse respecto del personal contratado o laboral que no sea sometible al

277.-Sentencias del Tribunal Supremo de 10 octubre 1990 y 7 junio 1995.

Derecho disciplinario, pues no hay que olvidar que en las modalidades más leves de incumplimiento (retraso, cumplimiento defectuoso) se tratará de infracciones disciplinarias.

En el ámbito militar, es preciso citar el art. 34 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Ley 85/78 de 28 de diciembre), cuyo tenor literal es el siguiente:

Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.

10.3.-La acción y las penas

Esta mayor amplitud también es predicable en cuanto a la acción. El CPM condena aquella consistente en emplear u ordenar emplear *métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos*. Como podemos ver, se reproduce en el tipo la clásica expresión del Derecho Internacional. La expresión *males superfluos* se refiere a *los efectos de los medios de combate que agravan inútilmente los sufrimientos de las personas, militares o civiles, que se vean afectados*²⁷⁸. El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, en su art. 35, recoge y positiviza este principio general:

2. *Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.*

La *doctrina de los males superfluos* se relaciona directamente con otro concepto, *los métodos de guerra*²⁷⁹. Este término designa los *procedimientos tácticos o estratégicos utilizados, en la conducción de las hostilidades, para vencer al adversario empleando, sobre la base de informaciones que sobre él se obtengan, los efectos de las armas, combinados con el movimiento y la sorpresa*. Por lo que atañe a métodos (y a medios) de combate, en el Derecho Humanitario se aprueban los principios siguientes:

- El único objetivo legítimo de la guerra es debilitar las fuerzas armadas adversarias a fin de reducir su voluntad. Para ello, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de combatientes enemigos.
- La elección de los métodos y medios de guerra no es ilimitada.
- Está prohibido el empleo de métodos y medios de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.
- Cuando se estudien, desarrollen, adquieran o se adopten nuevos métodos o medios de guerra, se deberá determinar si no está prohibido su empleo, en ciertas o en todas

278.-VERRI, Pietro, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, voz *males superfluos*; op. cit.

279.-Ibíd., voz *métodos de guerra*.

las circunstancias.

En el Código ordinario, el tipo une varias acciones delictivas que no se contemplan en el castrense, unidas todas ellas en una característica común: el conjunto de acciones tienen en común la producción de *estragos*. Así, se castiga en un mismo tipo acciones diversas, consistentes en *causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población*. El Código castrense se castiga el uso de las armas caracterizadas como tantas veces hemos señalado, pero limitándose a establecer una circunstancia agravante: *casos de extrema gravedad*.

El tratamiento penológico también es diferente: el CPM establece una pena de prisión de tres a diez años y el CP, de diez a quince años. Aquí se rompe la lógica histórica del Derecho Penal Militar, pues es sobradamente más extensa la pena prevista en el Código ordinario que la del castrense. Sin duda, la evolución de las relaciones internacionales en la Postguerra Fría y la extensión de los crímenes cometidos con ocasión de conflicto armado ha pesado al respecto, pero sin duda deberían equilibrarse ambas penas, ya que la diferencia es chocante y probablemente inconstitucional, por discriminatoria. Es cierto que el Código Penal Militar establece que *en los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión*, pero la diferencia de trato penológico salta, en cualquier caso, a la vista.