

MEDIOS LICITOS E ILICITOS EN LA DEFENSA

José Luis FERNANDEZ-FLORES

General Consejero Togado.

Director de la Escuela de Estudios Jurídico del Ejército.

Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado.

I. INTRODUCCION

I. Si el título de este estudio hubiese sido el de «medios legítimos e ilegítimos en la guerra», no me vería yo ahora en la necesidad de *precisar* que:

1.º Que tengo que adoptar un *concepto extensivo de los términos* «lícito» e «ilícito» y situarlos, no en el plano de la razón y de la justicia, sino en el de la «legitimidad» e «ilegitimidad» o, si se quiere, en el de la «legalidad» e «ilegalidad», puesto que, como jurista, es el único plano que me es propio. En este sentido, no voy a entrar en consideraciones de carácter moral sobre la licitud o ilicitud de ciertas armas, sino en *planteamientos jurídicos* sobre qué armas están prohibidas y cuáles permitidas en la guerra.

2.º Que *no hay diferencia* entre los medios que se utilizan en la «defensa» y los que se utilizan en la guerra de agresión, es decir, entre los medios de defensa y los medios de hacer la guerra en general. Esto es una muestra de *realismo jurídico*, pues casi todas las guerras han encontrado su justificación en la defensa y, hoy mismo, a pesar de los intentos de clarificación, es muy difícil desentrañar cuándo estamos ante una agresión y cuándo ante una defensa.

3.º Que, *en consecuencia*, voy a situarme en el plano del *Derecho* y en el ancho campo de la *guerra*.

II. En la Introducción de mi *libro*, «Del Derecho de la Guerra», comencé citando a *Cervantes* quien, en el Capítulo XXXVIII de la Primera Parte de su «Ingenioso Hidalgo», recuerda que «*la guerra también tiene sus leyes y está sujeta a ellos...*»

1. Y así es. Porque, en definitiva, mejor es *regular* la guerra que abandonarla a la violencia. Y mejor es atar la violencia que abandonarla a los instintos.

La guerra es un *mal*, pero *está ahí*. La observación del mundo presente y el estudio de la historia, nos demuestran que el *hombre* es inca-

paz de evitar la guerra. Pero también nos enseñan que, mucho más frecuentemente de lo que a primera vista parece, el hombre es capaz de «comportarse bien en la guerra». Y, comportarse bien, quiere decir, a su vez, obrar con ese grado de civilización que, por mezquino e inestable que sea, ha logrado adquirir. No es más, pero tampoco es menos.

De modo que *no menospreciamos* al Derecho en el campo de la guerra. Las palabras de quienes tal hacen suelen responder a actitudes de quienes no hacen nada. A actitudes de quienes, desde la superioridad que a sí mismos se atribuyen, miran irónicamente a los que se afanan, día a día, por mejorar las actitudes del hombre.

2. La necesidad de *encajar* nuestro tema en el marco del *Derecho de la Guerra*, nos lleva a distinguir en el mismo, *tres grandes* ámbitos normativos: En primer lugar, el que abarca todo aquello que trata de evitar o de prevenir la guerra; en segundo término, el que se refiere al comportamiento de los contendientes durante la guerra que ya ha estallado; y finalmente, el que trata de las relaciones entre los que están en guerra y aquéllos que permanecen fuera.

Dentro del *segundo ámbito* o área, de lo que es, en sentido estricto, el «*ius in bello*» o «*ius belli*», según la terminología tradicional, el Derecho de la Guerra trata fundamentalmente de *cinco cuestiones* que son como secciones fijas aplicables a cualquier tipo y a cualquier manifestación de la guerra: El tiempo de la guerra, el espacio en el cual se desarrolla, los sujetos beligerantes, la acción bélica propiamente dicha y, por último, las relaciones no hostiles entre los beligerantes. *Aparte*, naturalmente, se ocupa el Derecho de la Guerra, de otras cuestiones específicas, cuya mención no es necesario para este encuadre.

Pues bien, cuando el Derecho de la Guerra, estudia la *acción bélica*, es decir, la acción de un beligerante para vencer a su enemigo, inmediatamente se encuentra con *tres problemas*: En primer lugar, el de los medios que utiliza o puede utilizar para tal acción; en segundo lugar, el del modo de utilizar tales medios, que una cosa es el medio y otra el modo; y en tercer y último lugar, el de los objetivos contra los cuales debe o puede ser dirigida la acción.

Aquí, nos *encontramos en el primer punto* de la acción bélica y, aún más exactamente, en el de los medios que, con arreglo a Derecho, pueden ser utilizados en tal acción.

3. La *problemática* es difícil por la escasez de reglas, por su falta de claridad y por su dudosa vigencia.

III. Por cuanto acabamos de decir y para que la *exposición* resulte clara, anticiparemos un *esquema* de la misma.

1. En primer lugar, haremos un *planteamiento* general del proble-

ma, de sus dificultades concretas y de la clarificación de los conceptos necesarios a tal efecto.

2. En segundo término, trataremos de la posición *general* del Derecho de la Guerra respecto a los medios de acción bélica, que podemos llamar tradicionales.

3. Y, finalmente, abordaremos la cuestión de las armas llamadas de *destrucción* masiva, particularmente de las de carácter atómico-nuclear.

4. Para cerrar el tema con unas *conclusiones*.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

I. La guerra exige la utilización de unos *medios* que, en resumidas cuentas, son las *armas*, instrumentos defensivos u ofensivos de los ejércitos.

Para que las armas cumplan su *función*, tienen que ser de tal naturaleza que causen el máximo de destrucción en las personas y en las cosas del enemigo. Las mejores armas son las que causan más daño.

La *importancia* del carácter de las armas en la guerra, ha sido tal que ha llegado a modificar todo en los conflictos bélicos y no sólo en ellos sino incluso en la *política* en general de las naciones. Y así dijo Clausewitz que «*la política se debe adaptar a los medios de guerra disponibles*».

Si esto era cierto antes, mucho más ahora con la incorporación a la guerra, aunque sea potencialmente hasta ahora, de la *energía nuclear*. La energía atómica terminó la guerra con Japón y la energía nuclear terminaría rápidamente con una posible contienda bélica universal.

Como nuestra exposición no va por este camino, *concluyamos* diciendo que hay que retener el principio de que el fin de las armas es causar el máximo de destrucción y que las mejores armas son las más destructoras.

II. Pero, en la guerra, tiene también su incidencia el *derecho*, a *remolque de consideraciones morales* que siempre han estado en la mente de los hombres. Al menos en la mente.

Y por este camino, el Derecho y particularmente el Derecho Internacional y, muy concretamente, el Derecho de la Guerra, se han preocupado de poner *límites a las armas*, unas veces directamente a las mismas y otras a su uso o a su uso en ciertas circunstancias.

Desde el punto de *vista jurídico*, se ha pensado que el fin de las armas no era el de causar la mayor destrucción, sino el de vencer en las batallas y *ganar la victoria*. En consecuencia, no es necesario que las ar-

mas causen el máximo de daño, sino solo el daño suficiente para vencer.

Esto ha supuesto la introducción de un *elemento de contención* de la violencia y, como resultado, una serie de disquisiciones y distingos, que han tornado problemático lo que, desde un punto puramente militar, estaba claro.

III. Así, el *planteamiento* de la cuestión, se ha centrado sobre *dos ejes* que mueven ruedas en sentidos opuestos: El de la «*necesidad*» y el de la «*humanidad*». De la difícil conjunción de ambos principios ha surgido la regla de la «*proporcionalidad*», que es una balanza inestable y de difícil equilibrio. Y es que, como dijo en Lausanne, el norteamericano Rogers, en 1982, «*el interés de humanidad no puede siempre sobreponerse a la necesidad militar. De otro lado, la necesidad militar no puede siempre dominar sobre la humanidad*».

1. El problema viene de *antiguo*, pues basta recordar que ya en 1139, el Cánón 29 del II Concilio de Letrán, prohibió el uso de las ballestas «*por ser armas mortíferas y odiosas a Dios*». Y, más tarde, se prohibió el uso del arcabuz y, en general, el uso de las armas que arrojasen proyectiles.

Sin embargo, la realidad es que, todas estas prohibiciones, sirvieron para poco, como es natural, y lo que se impuso fué la *libertad absoluta* de las armas. Así, Grocio, en su libro *De iure belli ac pacis*, a comienzos del siglo XVII, dice que «*Licere in bello quae ad finem sunt necessaria*», «*es lícito en la guerra lo que es necesario para alcanzar el fin*».

La verdad es que, aunque parece que se fué formando una regla consuetudinaria, *contraria al principio de libertad absoluta*, no es hasta el siglo XIX cuando la misma toma cuerpo y empieza a ser admitido internacionalmente que no todo medio útil para dañar al enemigo está permitido.

El *estudio histórico* sería muy interesante, como dice el General Verri, no sólo para la historia del Derecho de la Guerra, sino también para la historia del Arte militar y aún para la historia social del problema. Pero, como tenemos todavía mucha tela cortada por delante, contentémonos con el *apunte*.

2. Refiriéndonos a la situación normativa *vigente*, es necesario destacar que el problema *se ha complicado*, puesto que a una situación en que las reglas eran escasas y nada sistemáticas, para las llamadas armas convencionales, ha sucedido otra, la de nuestros días, en que se ha sumado la cuestión de las armas denominadas de «*destrucción masiva*» o indiscriminada y particularmente las de carácter atómico-nuclear.

Y es que, en términos generales, las *armas convencionales* permitían un uso discriminado de ellas, es decir, permitían que fuesen dirigidas a

producir daños solamente en los ejércitos combatientes; y aún más, permitirían que estos daños pudieran ser controlados de manera que no se causasen sufrimientos innecesarios.

En cambio, las *armas modernas*, empezando por los gases asfixiantes y terminando por las bombas atómicas y nucleares, producen sus efectos en un radio de acción tan extenso y de una forma tan incontralada en sus consecuencias, que no permiten distinguir entre combatiente y no combatiente y entre sufrimientos necesarios y sufrimientos innecesarios.

Ante esta realidad, *vamos a distinguir* ambos casos.

III. LAS ARMAS CLASICAS

I. El estado en que se encuentra el problema en el momento actual puede *asumirse* en la regla de que están permitidos todos los medios de guerra, es decir, todas las armas, que no se encuentran expresamente prohibidas.

En otras palabras, *nos encontramos con* un principio general de permisón y una serie de excepciones concretas.

II. El *principio* general es lo que, en cierto modo, como regla *consuetudinaria*, se venía admitiendo ya entrado el siglo XIX y que fue recogido en el artículo 12 del Proyecto de *Bruselas* de 1874, que dispuso que «*las leyes de la guerra no reconocen a los beligerantes un poder ilimitado en la adopción de los medios para dañar al enemigo*». Aunque hay que advertir que este Proyecto no pasó de tal.

Por otra parte y ya con vigencia respecto a muchos países, el artículo 22 del Reglamento anejo a la *Convención II* de la Haya de 1899, sobre las leyes y costumbres en la guerra terrestre (que España ratificó el 4 de septiembre de 1900), dispuso que «*El derecho de los beligerantes a usar los medios para dañar al enemigo, no es ilimitado*». Este precepto fue reproducido, incluso con análogo número, en la *Convención IV* de la Haya de 1907, sobre la misma materia (y no fue ratificado por España).

En la misma línea y con relación a *la guerra marítima*, el Manual de *Oxford*, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional, en 1913 (y que no tiene valor positivo), recogió en su artículo 14 que «*El derecho de los beligerantes a adoptar medios para dañar al enemigo no es ilimitado*».

Como vemos, se trata de un principio que ha adquirido *carta de naturaleza* en la normativa jurídica de la guerra. En unos casos como texto positivamente obligatorio y en otros como índice de una postura am-

biental, unas veces con carácter general y otras de modo específico, expresado en unos casos y latente en otros, es lo cierto que se ha convertido en un principio básico respecto a las armas en la guerra.

De acuerdo con esta regla general, el art. 35 del *Protocolo I* de los de Ginebra de 1977, dispone, en su número 1, que «*En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los... medios de hacer la guerra no es ilimitado*».

Y añade, en el artículo 36, que «*Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios... de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante*».

Estos preceptos, han desatado, como era de prever, numerosas discusiones y *comentarios*, en los que no podemos detenernos. Baste dejar claro, como, entre otros, lo ha hecho *Prugh*, que el «*Protocolo estuvo, desde el principio de las discusiones, limitado a las armas convencionales*», es decir, dejando de lado el problema de las armas que no entran en esta denominación.

Quedémonos pues con *el principio* de que el derecho a elegir las armas para hacer la guerra, no es ilimitado. De donde resulta que: 1.º) Hay armas permitidas y hay armas prohibidas; 2.º) Están permitidas todas armas que no están expresamente prohibidas por una norma de Derecho internacional; 3.º) Están prohibidas todas las armas que prohíbe una norma concreta de Derecho internacional o aquellas nuevas que se debieran considerar incluidas en una norma prohibitiva.

II. Las *prohibiciones* al principio, es decir, *las prohibiciones* que recaen sobre ciertas armas —nos referimos ahora solamente a las convencionales—, se pueden *clasificar* en dos grupos: Prohibiciones de carácter general y prohibiciones de tipo concreto.

1. Las prohibiciones de carácter general o *prohibición general* traen su origen del artículo 13,e) del Proyecto de *Bruselas*, que dice que «*...están prohibidos... el empleo de armas, proyectiles o material calculado para causar sufrimientos innecesarios...*».

También el art. 23, c) del *Reglamento* de la Guerra Terrestre, de la Convención II de La Haya de 1899, prohíbe «*el empleo de armas, proyectiles o material, cuya naturaleza cause daños superfluos*». Y el mismo precepto, en su versión de la *Convención IV* de 1907, lo repite, aunque en vez de hablar de «*daños superfluos*», habla de «*sufrimientos innecesarios*», según la terminología tradicional; es de advertir que no damos relevancia a la diferencia de expresiones, tanto más cuanto que

la misma sólo se produjo en el texto inglés; en el texto español, se dice «males supérfluos».

También el Manual de Oxford, para la *guerra marítima*, prohíbe en su artículo 16.2), «*emplear armas, proyectiles o materiales, calculados para causar sufrimientos innecesarios*».

Como vemos, también la *excepción* general de prohibir las armas que causan «sufrimientos innecesarios», se va convirtiendo, en el Derecho de la Guerra, en un principio generalmente admitido.

Principio que recoge el *Protocolo I* de Ginebra, de 1977, en el artículo 35, diciendo en su número 2 que «*Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materia... de hacer la guerra de tal índole que causen males supérfluos o sufrimientos innecesarios*», y añadiendo en su número 3 que «*Queda prohibido el empleo de medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*».

Dos comentarios muy breves a este artículo: 1.º) Que, para evitar interpretaciones divergentes, acaba por recoger ambas expresiones de «males supérfluos» y «sufrimientos innecesarios»; y 2.º) Que añade una nueva disposición, relativa a las armas que modifican el medio ambiente. Las *preguntas* que plantean estos textos, son numerosas, pero nosotros no podemos entrar en las respuestas.

Así, podemos formular el *principio-excepción* que dice que están prohibidas todas las armas que se exceden en su poder de dañar al enemigo. Aunque lo que sucede es que, así, el problema se traslada a las *interpretaciones* concretas, que variarán, naturalmente, de intérprete a intérprete y, en cada intérprete, según las circunstancias, porque lo que es cierto es que, muchos de los posibles excesos, redundan en seguridad de las propias tropas.

2. Pero, aparte de este principio, hay una serie de *excepciones especiales*, cuya sola enumeración da idea de la *pobreza*, en esta materia, como en otras, del Derecho de la Guerra.

A. Con *carácter genérico*, es decir, como prohibiciones que afectan a las armas que se utilizan en la guerra en cualquier medio, terrestre, marítimo o aéreo (hay que considerarlo así), están las siguientes:

1.º La que establece la Declaración de *San Petersburgo* de 1968, por la cual las Partes «*se comprometen mutuamente a renunciar, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus fuerzas terrestres o navales de todo proyectil de un peso inferior a 400 gramos, que sea explosivo o esté cargado con sustancias explosivas o inflamables*».

2.º La de la Declaración IV,3, de la Conferencia de la Haya de 1899, en vigor como la anterior, relativa a las balas «*dun-dun*» llamadas así por el nombre del arsenal inglés en la India, en que se fabricaron

por primera vez), según la cual se prohíbe «...*el uso de balas que se expanden o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como balas con una envoltura dura que no cubra completamente el núcleo o esté taladrada con agujeros*».

3.º Finalmente y como norma consuetudinaria, recogida en el artículo 13,a) del Proyecto de *Bruselas*, está la de la prohibición de «el empleo de veneno o armas venenosas».

De modo que, con carácter genérico y para armas convencionales, *no hay más*.

B. Con *carácter específico*, es decir, aplicables a las armas en la guerra terrestre o en la guerra marítima, no hay otra prohibición especial que la que afecta al «*empleo de veneno o armas venenosas*», que se recoge en el artículo 23,a) del Reglamento de la Guerra Terrestre de la Haya y en el artículo 16,1) del Manual de Oxford sobre la guerra marítima.

Un *precepto curioso* es el del artículo 18 del Reglamento de la Guerra Aérea, redactado por la Comisión de Juristas que se reunió en La Haya a caballo entre 1922 y 1923, que naturalmente carece de vigencia, y que dice que «*El uso de proyectiles trazadores, incendiarios o explosivos por o contra aeronaves no está prohibido. Esta disposición se aplica igualmente a los Estados que son partes en la Declaración de San Petersburgo de 1868 y a los que no lo son*». Claro es que si este precepto hubiera llegado a ser Derecho positivo, hubiera derogado la prohibición de San Petersburgo, pero, naturalmente, nada de esto ocurrió.

Y *aquí terminan* todas las prohibiciones específicas aplicables a una manifestación concreta de la guerra.

3. Y *esto es todo*. Quede, de esta manera, a juicio de cada cual, el abandono a que ha llegado el Derecho de la Guerra y, como dice Kunz, «*el gran peligro de que lleguemos a tiempos de barbarie mucho más peligrosos que los tiempos más atrasados de antaño porque en el porvenir, tales bárbaros... se han apoderado de poderes cósmicos*».

IV. LAS ARMAS DE DESTRUCCION MASIVA

1. Estos poderes cósmicos a los que alude Kunz, son las armas que se denominan de *destrucción masiva* y que se caracterizan por la indiscriminación práctica de sus efectos.

La *confusión* que reina actualmente en este campo, es una muestra excelente de como las llamadas «*ciencias experimentales*» van por delante de las «*ciencias humanas*» o, dicho en otras palabras, de como el «*progreso*» va por delante de la «*civilización*». Permítaseme el uso discriminado e intencionado de estos términos.

El avance en el *perfeccionamiento de las armas* existentes y en la creación de armas nuevas es vertiginoso y multifacético. *El Derecho* corre detrás, intentando *clasificar* tales armas, reducirlas a conceptos legales y determinar exactamente sus efectos; en definitiva, intentando poner puertas al campo.

Según la *Resolución* de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de agosto de 1948, parece que tales armas se pueden *dividir* en armas atómicas, armas radiactivas, armas biológicas y químicas y armas parangonables a alguna de las mencionadas. Según la *Convención* de 10 de abril de 1972, *parece* que las armas bacteriológicas y las biológicas, son lo mismo, cuando lo primero son armas que funcionan a base de microorganismos vegetales y lo segundo a base de organismos vivos (aunque queda la duda de la extensión de esta última palabra). Baste la nuestra. Baste el apunte.

Nosotros, prescindiendo de toda esta problemática y con el riesgo de equivocarnos, vamos a *distinguir* entre: 1.º *Armas de destrucción en masa de carácter «clásico», que son las atómico-nucleares, las bacteriológicas y biológicas y finalmente las químicas, es decir, las que, en la jerga habitual, se denominan armas A.B.C, por razón de las iniciales de las correspondientes voces inglesas:* 2.º *Las de dudosa naturaleza de armas de destrucción masiva, como son las que funcionan por medio de sustancias radiactivas, las incendiarias entre las que hay que destacar el «napalm», las llamadas de «fragmentación» y, finalmente, las de modificación del medio ambiente:* 3.º *Las de carácter análogo o parangonable, en la extensión utilizada por la Resolución antes citada.*

Por supuesto que este esquema es provisional y revisable. Y por supuesto también, que yo soy el primero en tener dudas sobre el mismo. Tal vez si los que crean estas armas se pusiesen de acuerdo en los efectos que producen, nos facilitarían el camino. Pero parece que la única manera de conocer, de verdad, sus efectos, es experimentarlas. Y entonces, probablemente, nosotros no tendríamos tiempo de dedicarnos a su clasificación.

Para la resumida *exposición* que estamos haciendo y teniendo en cuenta que, aunque todo es preocupante en este terreno, se lleva la palma el arma nuclear, dicho sea en términos breves, vamos a dedicar, primero, una referencia a las demás armas citadas, para dedicar el resto del tiempo al problema que las armas nucleares presentan.

II. Como armas de destrucción masiva *no nucleares* vamos a considerar todas aquellas a que acabamos de hacer alusión.

1. Empezamos por las armas *químicas*, porque son las de mayor tradición prohibitiva, consecuencia de su antigüedad en el ejercicio del arte del matar masivamente.

Se pueden *definir* como tales, según el Protocolo III de 23 de octubre de 1954, añadido al *Tratado creador* de la U.E.O., de Bruselas, de 1948, las que consisten en *cualquier equipo o aparato concebido a propósito para la utilización con fines militares, de las propiedades asfixiantes, tóxicas, irritantes, paralizantes, etc. de una sustancia química cualquiera.*

Ya la *Declaración* IV, 2, de la Conferencia de La Haya de 1899, prohibió «... *el uso de proyectiles, cuyo único objeto sea la difusión de gases asfixiantes o deletéreos.*»

Posteriormente, el artículo 5 del *Tratado relativo* al uso de submarinos y gases nocivos en la guerra, firmado en Washington el 6 de febrero de 1922, prohibió «*el uso en la guerra de gases asfixiantes, venenosos u otros y todos los líquidos, materiales o artificios análogos*» por haber sido condenados por la opinión general del mundo y con el deseo de que tal prohibición sea universalmente aceptada.

Aunque también se refirió a esta prohibición el artículo 5 del *Tratado* de 7 de febrero de 1923, relativa a la limitación de armamentos en América Central, el paso decisivo lo dió el *Protocolo de Ginebra* del 17 de junio de 1925, actualmente vigente, el cual prohibió «... *el uso en la guerra de gases asfixiantes, venenosos u otros y de líquidos, materiales o artificios análogos.*»

La *primera vez* que este arma fue utilizada, en la Primera Guerra Europea, causó tales estragos que levantó un gran clamor en contra. La *última vez* en que parece que se está utilizando, en la guerra entre Irak e Irán, está levantando una gran curiosidad...

2. En cuanto a las armas *bacteriológicas*, tenemos que empezar diciendo que, en sentido amplio y con la reserva a que antes hemos hecho alusión, comprenden también las *biológicas*.

Las podemos *definir*, según el *Protocolo antes citado*, de 1954, como *cualquier equipo o aparato concebido para utilizar con fines militares insectos nocivos u otros organismos vivos o muertos o sus productos tóxicos.*

La *primera prohibición* de estas armas, consta en el mismo Protocolo de Ginebra de 1925, ya citado, en el cual también se prohibió «*el uso de métodos bacteriológicos de guerra...*»

Posteriormente, el problema de las armas bacteriológicas y biológicas, se ha *desencadenado* del de las armas químicas. En tanto que, para estas últimas, se ha tropezado con tantas reticencias que no se ha avanzado un paso desde 1925, para las primeras, se ha llegado al *Tratado* sobre la prohibición de la puesta a punto, fabricación y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) o a base de toxinas y sobre su destrucción, firmado en Londres, Moscú y Washington, el 10 de abril de 1972.

Este Tratado, a cuya firma se llegó por el *impulso* de las Naciones Unidas, representa uno de los pocos pasos dados actualmente en la materia que tratamos.

3. En cuanto a las *demás armas* de este enunciado general, que estamos exponiendo, vamos hacer varias precisiones.

La *primera* es que hay que *dudar de la posibilidad de su encaje* en este lugar pues, para muchos autores, entran dentro de las armas convencionales. Si tal fuera el caso, les serían de aplicación las prohibiciones del artículo 35 del Protocolo I de Ginebra de 1977, a que ya hemos hecho referencia; y concretamente, lo dispuesto en el art. 36 del mismo Protocolo, para el caso de la aparición de armas nuevas.

La *segunda*, se refiere a las llamadas *armas de «fragmentación»*. Para ellas se ha llegado al Protocolo I de los de la Convención de Ginebra de 10 de octubre de 1980, que prohíbe cualquier arma cuyo efecto principal sea el de *herir mediante esquirlas no localizables radiográficamente en el cuerpo humano*. En tanto que la naturaleza del acuerdo nos inclina a considerar este arma como convencional, sus efectos nos conducen al camino de las armas de destrucción masiva.

La *tercera* trata de las armas y técnicas de *modificación del medio ambiente* o de lo que vulgarmente se denomina el «arma meteorológica». La Convención de Ginebra de 18 de mayo de 1977, prohíbe la *manipulación de los procesos naturales y las modificaciones del medio ambiente de efectos prolongados y graves*.

La *cuarta* es el apunte de que no hay unanimidad sobre la situación en que se encuentran las *armas incendiarias* y, particularmente, el napalm, pues, para unos están incluidas en la Convención de 1977, que acabamos de citar, y para otros no pesa ninguna prohibición concreta sobre ellas.

Digamos, finalmente, que hay que tener en cuenta la *preocupación* general sobre estas armas nuevas y, particularmente, la de las Naciones Unidas que, en diferentes resoluciones de su Asamblea General, se ha pronunciado por la prohibición de las armas de destrucción en masa, de una manera genérica.

III. En cuanto a las que genéricamente podemos llamar armas de carácter *nuclear*, la cuestión también está controvertida, lo cual es más de sentir que en las demás armas, porque, en estas sí, nos jugamos todo. Por esta razón, se ha escrito tanto y se ha convenido o no convenido en tanto. Nosotros vamos a intentar un *resumen* de la cuestión.

1. En términos *generales*, vamos a centrar el problema básico que da lugar al jurídico.

A. Según el *Protocolo III* de 1954, anejo al Tratado de Bruselas, ya citado, se *define* el arma atómica como «*todo arma que contiene o está*

concebida para contener o utilizar un combustible nuclear o isótopos radiactivos y que por explosión u otra transformación nuclear no controlada o por radiactividad del combustible nuclear o de los isótopos radiactivos es capaz de destrucción en masa, daños generalizados o envenenamiento en masa», comprendiéndose también cualquier parte esencial del arma y el combustible nuclear.

Según el Tratado de Tlatelolco, en su artículo 5, el arma nuclear es «cualquier dispositivo susceptible de liberar energía nuclear de modo no controlado y que pose en si mismo características para su empleo en fines bélicos», sin que se comprenda en tal concepto, el aparato portador del arma cuando puede separarse de él.

B. Los efectos de las armas nucleares son expansivos, en mucha mayor proporción que en las armas ordinarias; térmicos, hasta proporciones desconocidas antes, y radiactivos, que, como dice *Marin*, y es cierto «son los más peligrosos», ya que «el peligro que supone la guerra nuclear afecta a todo el género humano y por tanto va en ella el interés de todo él. Beligerantes y neutrales resultarían igualmente derrotados».

2. Por esta razón, el problema preocupa a todos y así lo demuestra su constante planteamiento en el plano jurídico.

A. Las Naciones Unidas, en su Asamblea General, le han dedicado numerosas resoluciones, de las cuales entresacamos las más importantes: 1.º La 808 (IX), de 14 de noviembre de 1954 sobre prohibición de armas nucleares y de destrucción masiva; 2.º La 1953 (XVI), de 24 de noviembre de 1962, sobre prohibición de uso de armas nucleares y termo-nucleares; 3.º La 1801 (XVII), de 29 de noviembre de 1962, en orden a la celebración de consultas para reunir una conferencia que prohíba tales armas; 4.º La 1909 (XVIII), de 27 de noviembre de 1963, en el mismo sentido que la anterior; 5.º La 2936 (XXVII), de 29 de noviembre de 1972, proponiendo el no uso de las armas nucleares en relación con el no uso de la fuerza; etc.

B. También una serie larga de acuerdos y tratados internacionales, jalonan esta preocupación por las armas nucleares. Citaremos, como más destacados, los siguientes: 1.º El Tratado del Antártico, de 1 de diciembre de 1959, que prohíbe en el artículo 5, «toda explosión nuclear en la misma»; 2.º El Tratado de prohibición de Ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, de 5 de agosto de 1963; 3.º El Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes, de 27 de enero de 1967, en cuyo artículo IV, los Estados se comprometen a no colocar en órbita en torno a la Tierra y tampoco en los cuerpos celestes, objetos portadores de armas nucleares; 4.º El Tratado para la proscripción de armas nucleares en la América Latina o Tratado de

Tlatelolco, firmado en Méjico el 14 de febrero de 1967; 5.º) El Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, de 1 de julio de 1968; 6.º El Tratado sobre la prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, de 11 de febrero de 1971; 7.º El tratado sobre medidas para disminuir el peligro de que estalle una guerra nuclear entre la Unión Soviética y los Estados Unidos, de 30 de septiembre de 1971; 8.º El Tratado llamado SALT I, de 26 de mayo de 1972, sobre la limitación de los sistemas defensivos anti-misiles; 9.º El Acuerdo provisional, de la misma fecha y entre las mismas Potencias E.U. y la URSS, sobre limitación de armas ofensivas nucleares estratégicas.

Actualmente, las conversaciones sobre armamento nuclear, están interrumpidas. El SALT II, firmado entre E.U y la URSS, el 18 de junio de 1979, no fue ratificado por el Senado norteamericano a consecuencia de la invasión soviética de Afganistan. Las conversaciones sobre misiles nucleares de alcance medio en Europa, también están en suspenso.

C. Como podemos ver, de esta rápida enumeración, *ningún texto prohíbe* concretamente de manera general, el arma atómica. Las resoluciones de las Naciones Unidas, tal como se han tomado, carecen de fuerza obligatoria y los tratados y acuerdos lo que hacen es limitar su número o su experimentación o el área de su emplazamiento. Pero no existen *ninguna prohibición* concreta, formal y general de este arma.

3. Llegados a este punto, tenemos que preguntar por las *conclusiones* a que podemos llegar.

A. Lo primero que constatamos es una *gran duda* y una carencia de normas jurídico-internacionales precisas. Como dice *Nahlik*, muy acertadamente, «*los juristas que se pronuncian sobre el problema de la licitud de las armas atómicas, disponen todos, aparentemente, de los mismos materiales. Y ocurre, sin embargo, que llegan a conclusiones diferentes*».

Y ciertamente es así, pero la *solución al enigma* no es tan enigmática. Lo que pasa es que los que deciden por considerar que el arma atómica no está prohibida, lo hacen fundándose en la ausencia de una prohibición formal y concreta, en tanto que, los que se inclinan por la tesis de la prohibición, lo hacen apoyándose en principios de carácter general y aplicaciones analógicas de otras normas. En la *línea* de la prohibición están autores como *Lauterpacht, Mc. Dougal, Kunt*, etc. En la *línea* de la prohibición podemos citar a *Schwarzenberger, Oppenheim, Bindscheler*, etc. Lo que prueba la existencia de grandes nombres a favor y contra.

B. *¿A qué conclusión* podemos llegar?. Por nuestra parte y con ánimo de ser breves, pensamos que: 1.º Hay una «*comunis opinio*» que es aceptable y que sostiene la prohibición sobre la base de los principios

genéricos que rigen en la materia; pero, 2.º De acuerdo con el sistema que rige, de prohibiciones concretas, y teniendo en cuenta que ninguna de este género existe, el arma nuclear no está prohibida.

CONCLUSIONES

I. El *derecho* es un deber ser. Lo malo es que, en nuestra materia, es un deber ser muy poco, muy deficiente, muy obsoleto.

Como hemos podido ver, casi *no tenemos reglas* jurídicas al efecto y las que tenemos son demasiado concretas. Carecemos de reglas generales y muchas de las cuestiones, incluyendo las más importantes y aún la más trascendente, la de la supervivencia de la humanidad, se encuentran sin soluciones, se mueven en el vacío.

II. La *realidad* es un ser. Y lo malo es que es un ser muy fuerte, muy definido, muy cierto.

Nos negamos a verlo, nos parece lejano como algo que no va con nosotros, nos suena a inverosímil, pero la verdad es que la humanidad se está moviendo sobre la *cuerda floja* de los postes atómicos. Tal vez, la suerte que tendremos es que no podremos despertarnos, para dolernos de nuestra inconsciencia.

III. Tenemos unas *armas* monstruosas, desproporcionadas a nuestra capacidad de comprender, y, sin embargo, no las hemos prohibido. Y es más, aunque las hubiésemos prohibido, lo cierto es que las tenemos.

Terminemos, como lo hace Kunz con su libro: «*La catástrofe apocalíptica no ha llegado todavía; aún tenemos un poco de tiempo para volver al sentido de humanidad y para reanudar la conexión que el hombre moderno ha perdido: la conexión con Dios*».