

LA CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA ERRADICACIÓN DE LAS ARMAS QUÍMICAS

María José Cervell Hortall
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Internacional
de la Universidad de Murcia

SUMARIO

1. El largo camino recorrido (...). 1.1. Los primeros pasos. A. De la prohibición del veneno (...). B (...) A la ilegalidad de las armas químicas en conflicto armado. C. Otras normas y principios del Derecho Internacional Humanitario. 1.2. ¿Fin de trayecto?. La Convención sobre Armas Químicas de 1993. 2. (...) Y el que queda por recorrer. 2.1. Las armas no letales. 2.2. El empleo del arma química como crimen de guerra. 2.3. El castigo internacional por conductas relacionadas con las armas químicas.

Cuando en el año 678 a. C. las tropas del Califa Suleiman, al intentar conquistar Constantinopla, fueron devastadas por una misteriosa arma, en forma de compuesto químico que ni el agua conseguía apagar y bautizada por los bizantinos como *fuego griego*, poco imaginaban que pasarían a la Historia como las víctimas del primer ataque químico. El secreto de la composición desapareció, pero otras civilizaciones supieron hacer uso de la química para fabricar armamento.

De esta manera, las sustancias químicas empezaron a valorarse cada vez más como útiles métodos de combate que contaban con la importante ventaja de sorprender al enemigo y multiplicar el número de bajas. La respuesta del Derecho Internacional Humanitario no se hizo esperar y pronto surgieron los primeros instrumentos que intentaron regular la cuestión. Mucho se ha avanzado desde entonces y las tímidas prohibiciones iniciales, limitadas sobre todo al veneno, han evolucionado hasta la prohibición total del arma química, impulsada, como veremos, por el *Protocolo de Ginebra sobre Gases*

(1) *Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*, Gaceta de Madrid, 3 de septiembre de 1929.

Asfixiantes de 1925 (1) y, sobre todo, por la *Convención para la Prohibición de las Armas Químicas* de 1993 (CAQ) (2). Los Estados parecen haber conseguido controlar el peligro de este armamento pero, aún así, no es un temor totalmente enterrado y olvidado: aunque en escaso número, persisten los interesados y los reacios a someterse a control alguno, al tiempo que también determinados grupos terroristas han descubierto su gran poder destructivo y su módico precio. ¿Ha finalizado el Derecho Internacional Humanitario la misión que tenía asignada respecto de las armas químicas?. Analizar el camino recorrido, los logros o fracasos obtenidos y valorar las sendas que se abren a nuevos problemas serán los objetivos de esta investigación.

1. EL LARGO CAMINO RECORRIDO (...)

1.1. LOS PRIMEROS PASOS

A. De la prohibición del veneno (...)

Las tentativas de prohibición por parte del Derecho Internacional Humanitario de determinados métodos de combate, considerados especialmente dañinos, se sitúan en su mayoría en tiempos remotos y así ocurre con las armas químicas, cuyos primeros intentos de control coinciden con los del veneno (3) surgidos, prácticamente, con el inicio de las grandes civilizaciones. Buena prueba de ello es el *Código de Manú* (India, 500 a. C.) que, al describir las cualidades que el buen guerrero debía reunir, instaba a no atacar con armas traicioneras, punzantes, «*envenenadas* o en cuyas puntas se haya prendido fuego» (4).

(2) *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, BOE 13 de diciembre de 1996 (corrección de errores BOE 9 de julio de 1997).

(3) En cuanto la Real Academia de la Lengua define veneno como «sustancia que, incorporada a un ser vivo en pequeñas cantidades, es capaz de producir graves alteraciones funcionales e, incluso, la muerte», no encontramos dificultades para asimilar estos efectos a los provocados por un arma química, pese a ser conscientes de que un sector doctrinal prefiere asimilar el veneno únicamente a las armas biológicas. Sobre las prohibiciones del veneno a lo largo de la historia, véase PRICE, R. M.: *The chemical weapons taboo*, Cornell University Press, New York, 1997.

(4) Énfasis añadido. El texto puede consultarse en <http://projects.sipri.se/cbw/docs/cbw-hist-manu.html>. *Vid.* al respecto N. SINGH: «Armed conflicts and humanitarian laws of ancient India», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 521-536.

En los siglos siguientes, la necesidad de limitar el empleo de veneno en combate continuó presente en los principales códigos y tratados del Derecho de la guerra. Así, C. Siemienowicz, en el *El gran arte de la artillería* (1650), instaba a los gobernantes a no construir «...ningún globo envenenado ni otros tipos de inventos pirobolistas en los que introduzcan veneno alguno, además de lo cual, nunca lo deberán emplear para la ruina y la destrucción del hombre, ya que los primeros creadores de nuestro arte consideran estas acciones como injustas e impropias de un hombre de corazón y de un verdadero soldado» (5).

A finales del siglo XIX, que trajo consigo la positivación de buena parte del Derecho de los Conflictos Armados, se multiplicaron los instrumentos, tanto de naturaleza normativa como puramente didáctica, en los que era posible encontrar alguna referencia al respecto.

Así, el *Código Lieber* (1863) (6), durante la guerra civil americana, establecía ya (art. 16) que la necesidad militar no admite «el empleo de veneno de ninguna manera» y, aunque no se trataba de un tratado *stricto sensu*, su contenido fue esencial para el posterior desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. La *Declaración relativa a las leyes y costumbres de la guerra* (1874), por su parte, nació con la pretensión de convertirse en el primer texto jurídicamente vinculante que recogiera de manera expresa la prohibición de veneno (art. 13, a) (7), pero el poco éxito obtenido por la Conferencia que la aprobó y la decisión final de los participantes de no ratificarla lo impidió, aun cuando no evitó que se convirtiera en uno de los textos de obligada referencia del Derecho Internacional Humanitario, con gran influencia en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907.

El *Manual sobre la Guerra Terrestre* (Oxford, 1880) (8), elaborado por el Instituto de Derecho Internacional, volvió a insistir en la prohibición, en

(5) En <http://projects.sipri.se/cbw/docs/cbw-hist-pledge.html> (SIEMIENOWICZ, C.: *Grand Art d'Artillerie*, 1650, citado por APPFEL, J.: *Les projectiles toxiques en 1650*, 1920, p. 234).

(6) Toma el nombre del jurista de la Universidad de Columbia que lo elaboró, aunque su denominación oficial es *Instrucciones para el gobierno del Ejército de Estados Unidos en campaña (24 de abril de 1863)*. Puede consultarse en la base de tratados de Derecho Internacional Humanitario de la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja (<http://www.icrc.org/dih>).

(7) [Http://www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih) . El artículo 13, en su letra a), establecía que, de acuerdo con el principio por el cual los beligerantes no tienen un poder ilimitado en la elección de sus medios de combate, está «especialmente» prohibido «el empleo de veneno o armas envenenadas». La prohibición se recoge también el artículo 8 a) del *Manual de Oxford* de 1880 del Instituto de Derecho Internacional

(8) [Http://www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih) . La prohibición, en concreto, aparece en el artículo 8.

un intento más de determinados sectores doctrinales de recogerla oficialmente en un texto vinculante, pero no sería sino el *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, anexo a la II *Convención relativa a las leyes y costumbres de guerra terrestre* (La Haya, 29 de julio de 1899) (9), el primer texto jurídico del Derecho de los Conflictos Armados que, finalmente, encontró hueco para la prohibición del veneno o las armas envenenadas.

El avance verdaderamente considerable lo supuso la *Declaración sobre el uso de proyectiles cuyo objeto sea la difusión de gases asfixiantes y deletéreos* (Declaración IV.2, La Haya, 29 de julio de 1899) (10), al recoger expresamente el acuerdo de los Estados Partes de abstenerse de emplear —tal y como adelanta el propio título— «proyectiles cuyo objeto sea la difusión de gases asfixiantes o deletéreos». Por primera vez, no se recurre al término *veneno*, sino a *gases asfixiantes o deletéreos* que, ahora sin duda, encajan mejor en el concepto de arma química (pese a que algunas de ellas no adoptan la forma gaseosa). Sin embargo, la aparente amplitud de la prohibición quedó ensombrecida por el ámbito de aplicación de la Declaración, sólo obligatoria para las partes contratantes en el caso de guerra entre ellas y únicamente operativa respecto de los *proyectiles* cargados de gases, con lo que el uso de sustancias químicas, siempre que no se valiera de estos artefactos para su difusión, no resultaría, en principio, prohibido (11).

Pese a las carencias señaladas, la mención resulta ciertamente encomiable en una época en la que el arma química, cuya *valía* no había sido aún percibida por los ejércitos, era tan sólo el objeto de investigación de unos pocos, aunque su inclusión expresa en la Declaración parece signo inequívoco de que algunos ya intuían las posibilidades de empleo en el futuro (12).

(9) Gaceta de Madrid, 22 de noviembre de 1900. La prohibición aparece en el artículo 23. Puede consultarse también (este y otros textos a los que haremos referencia) en *Derecho Internacional Humanitario, Tratados Internacionales y otros textos* (ed. preparada por E. ORIHUELA CALATAYUD), Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

(10) [Http:// www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih).

(11) Precisamente, éste fue el argumento esgrimido por Alemania para justificar el empleo de armas químicas en la Primera Guerra Mundial (ALEJANDRE MARTÍNEZ, J.: «La no proliferación y el desarme. La Convención para la prohibición de armas químicas», Conferencia impartida en junio de 1997, en el Centro de Altos Estudios Internacionales, disponible en <http://www6.mcyt.es/ANPAQ/editoria.htm>).

(12) VAN EYSINGA, W. J. M.: «La guerre chimique et le mouvement pour sa répression», *Recueil des Cours*, 1927, tomo I, pp. 329-381 (p. 346). Transcribe las «Actas de la Primera Conferencia de Paz» (edición de 1907, 2ª parte, pp. 64-65), en las que se recoge la petición del delegado ruso de emitir una propuesta relativa a la prohibición del uso de una nueva clase de explosivo, cuya invención —afirmaba— es *probable*.

Pocos años más tarde, sin embargo, la *Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra* y su *Reglamento anexo* (La Haya, 18 de octubre de 1907) (13) pareció retrotraerse a épocas pasadas, optando por recoger, simplemente, la prohibición del empleo de veneno y armas envenenadas (art. 23, a). Además, al limitar su artículo 2 la aplicación de sus disposiciones a las partes *entre sí y sólo si* todos los beligerantes eran parte en la Convención, se reducía su ámbito, como había ocurrido con la Declaración de 1899.

Sólo el profuso empleo de armas químicas por los dos bandos enfrentados en la Primera Guerra Mundial permitió una nueva etapa en su intento de ilegalización. Así, el *Tratado de Versalles* (28 de junio de 1919), que puso fin a este conflicto, desterró la ambigua mención del veneno y optó por proscribir claramente las armas químicas (14):

Art. 171. «Estando prohibido el empleo de gases asfixiantes, venenosos u otros y cualquier líquido análogo, materiales o dispositivos, resultan asimismo estrictamente prohibidas su fabricación e importación en Alemania.

Lo mismo se aplica a los materiales específicamente destinados a la fabricación, almacenamiento y empleo de los productos y dispositivos mencionados.» (15).

Es cierto que la prohibición operaba dentro de unas fronteras limitadas —las alemanas— pero, por primera vez, un tratado prohíbe *en general*

(13) [Http://www.icrc.org/dih](http://www.icrc.org/dih). Como recoge el artículo 4, esta Convención reemplazó a la de 1899.

(14) El tratado puede consultarse en la base de datos de tratados internacionales de la Universidad de Yale: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/intdip/westeu/we005.htm#annex4>. El Comité Internacional de la Cruz Roja, el 6 de febrero de 1918, había declarado: «we wish today to take a stand against a barbaric innovation (...), the use of asphyxiating and poisonous gas, which will it seems increase to an extent so far undreamed (...). We protest with all the force at our command against such warfare which can only be called criminal» (recogido por MATHEWS, R. J. y McCORMACK, T. L. H.: «The influence of humanitarian principles in the negotiation of arms control treaties», *International Review of the Red Cross, Humanitarian Debate: law, policy, action*, vol. 81, nº 834, 1999, pp. 331-352; en concreto, p. 336).

(15) El artículo 172 obligaba al Gobierno alemán, en un periodo de tres meses desde la entrada en vigor, a revelar a los Gobiernos aliados la naturaleza y los métodos habituales de fabricación de todos los explosivos, sustancias químicas u otros preparados químicos empleados en la guerra. Una prohibición idéntica figura en el resto de tratados de paz (disponibles también en la mencionada página de la Universidad de Yale): *Tratado de Paz con Austria* (Tratado de St. Germain, 10 de octubre de 1919, art. 135); *Tratado de Paz con Bulgaria* (Tratado de Neuilly, 27 de noviembre de 1919, art. 82) y *Tratado de Paz con Hungría* (Tratado de Trianon, 4 de junio de 1920, art. 119).

(incluso en tiempo de paz), no sólo el empleo de armas químicas, sino también su fabricación, almacenamiento e importación. Al mismo tiempo, se amplía el ámbito de la prohibición, que abarca los gases y líquidos asfixiantes, venenosos o análogos, pero también los materiales o dispositivos con ellos relacionados.

No fue el único tratado que recogió una prohibición de este tipo pues, pocos años después, el *Tratado relativo al empleo de submarinos y gases asfixiantes en tiempos de guerra* (Washington, 6 de febrero de 1922), adoptado en la Conferencia sobre limitación de armamento, establecía lo siguiente (artículo 5):

«Habiendo sido justamente condenados por la opinión universal del mundo civilizado el empleo en tiempos de guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todo líquido, materia o procesos análogos, y habiendo sido formulada la prohibición de este empleo en tratados en los que la mayoría de las potencias civilizadas son parte:

Las potencias firmantes, con el fin de que esta prohibición sea universalmente aceptada como parte del derecho internacional obligatorio al igual que de la conciencia y práctica de las naciones, declaran el reconocimiento de dicha prohibición, acuerdan obligarse por ella e invitan al resto de naciones civilizadas a adherirse al presente acuerdo» (16).

Sorprende la rotundidad con que se formula la prohibición, si bien sólo se prohíbe el uso de armas químicas en tiempo de guerra siendo, por tanto, su empleo, en principio, lícito en tiempo de paz, como lícitos serían también su producción, almacenamiento, importación o exportación. Resulta, sin duda, un paso atrás respecto de lo establecido por el *Tratado de Versalles*, pero comprensible si tenemos en cuenta que éste es un tratado impuesto por vencedores a vencidos, mientras que en el de Washington, celebrado entre *iguales*, el consenso obligaba a prohibiciones menos ambiciosas (17). Nunca entró en vigor, al negarse Francia a ratificarlo (18), con

(16) En <http://www.icrc.org/dih>.

(17) VAN EYSINGA, W. J. M. («La guerre chimique et le mouvement pour sa repression», *Recueil des Cours*, 1927, pp. 329-381; en concreto, pp. 353-354) considera que el *Tratado de Washington* es más imperfecto que el de Versalles, ya que éste declaraba la guerra química como *ya prohibida*, mientras que aquél, por la redacción del artículo 5, parece mantener que la prohibición no es aún parte del Derecho Internacional.

(18) Estados firmantes fueron Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Italia y Japón.

motivo de las controversias surgidas a propósito de sus disposiciones sobre la guerra submarina, pero tendría una influencia innegable en el *Protocolo de Ginebra sobre gases asfixiantes*, firmado tres años después.

B. (...) A la ilegalidad de las armas químicas en conflicto armado

Los instrumentos hasta ahora mencionados contribuyeron a forjar la prohibición del arma química, pero todos ellos contaban con importantes desventajas ya que, o fueron concebidos como textos didácticos o de apoyo, o no entraron finalmente en vigor, o su ámbito de aplicación era demasiado limitado como para sustentar una prohibición general del arma química.

Tras la Primera Guerra Mundial, los Estados, concienciados del peligro del empleo de gases, decidieron acometer la redacción de un texto *multilateral* que ya no se limitara a recoger la confusa denominación de veneno, sino que se ocupara específicamente la prohibición de las armas químicas. Así, en 1925, se firmaba el *Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (19)*, que establecía lo siguiente:

«Los plenipotenciarios que suscriben, en nombre de sus Gobiernos respectivos:

Considerando que el empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos, ha sido a justo título condenado por la opinión general del mundo civilizado,

Considerando que la prohibición de este empleo ha sido formulada en los tratados de que son Partes la mayoría de las Potencias del mundo, con el fin de hacer reconocer universalmente como incorporada al derecho internacional esta prohibición, que igualmente se impone en la conciencia y práctica de las naciones,

(19) Ginebra, 17 de junio de 1925, *Gaceta de Madrid*, 3 de septiembre de 1929, *Nuevo Diccionario Aranzadi*, p. 9616). España firmó el 17 de junio de 1925 y ratificó el 22 de agosto de 1929. Sobre el Protocolo, es inexcusable la mención del artículo de BAXTER, R. y BUERGENTHAL, T.: «Legal aspects of the Geneva Protocol», *American Journal of International Law*, 1970, vol. 64, pp. 853-879.

Declaran:

Que las Altas Partes contratantes, en tanto que no son todavía Partes en tratados que prohíben este empleo, reconocen esta prohibición, aceptan extender esta prohibición de empleo a los medios de guerra bacteriológicos y convienen en considerarse obligadas entre sí según los términos de esta declaración.

(...)»

Que el Protocolo permitió, por primera vez, hablar de una *prohibición general* del arma química (entendida como gas, líquido, materia o proceso análogo) y que también por vez primera incluyó una prohibición expresa de los medios de guerra bacteriológicos no es desmerecido por nadie. Ahora bien, ¿realmente fue tal el éxito obtenido?. En la época en que se aprobó, sin duda, así fue, pero lo cierto es que analizado hoy, casi ochenta años después, los fallos detectados son muchos, y no sólo porque se hayan logrado prohibiciones más completas (que, obviamente, en aquella época eran pura utopía), sino porque la práctica, durante bastante tiempo, se encargó de demostrar su imperfecta eficacia.

La comprensión de las carencias del Protocolo obliga a distinguir aquellas con origen en las limitaciones del texto y las provocadas por las actitudes de los Estados:

1) Respecto de las primeras, lo cierto es que la primera línea del Protocolo introduce ya una limitación importante: la prohibición sólo opera en tiempo de guerra. Considerando, además, que la expresión *guerra* debe entenderse en el sentido de la época; es decir, como conflicto entre dos o más Estados, la conclusión lógica es que nunca podría aplicarse a contiendas civiles o revueltas internas (20), lo que provocó numerosas dudas acerca de su utilidad en determinados conflictos surgidos, sobre todo, tras el proceso de descolonización y en los que muchas veces el elemento *internacional* no estaba del todo claro. Afortunadamente, es hoy una cuestión olvidada, gracias, como vere-

(20) Lo cierto es que este problema no era exclusivo del Protocolo de 1925, sino del Derecho Internacional Humanitario en general; recordemos que las *Convenciones de Ginebra* de 1949 hacen referencia a conflictos armados internacionales, con la pequeña salvedad del artículo 3 común y que la auténtica regulación de los conflictos armados de carácter no internacional vendría años después de la mano, fundamentalmente, del *Protocolo II* a las Convenciones de Ginebra de 1949 (1977).

mos, a la *Convención sobre Armas Químicas* de 1993 (CAQ), que prohíbe su empleo «cualesquiera que sean las circunstancias» (art. I) (21).

ii) El segundo lastre que arrastra el Protocolo es la existencia de reservas formuladas por los Estados a la hora de ratificarlo, que redujeron considerablemente su ámbito de aplicación en la práctica y mediante las cuales algunos se declararon obligados sólo respecto de aquellos que también lo hubieran ratificado (principio de reciprocidad), mientras que otros afirmaron que dejaría de ser vinculante en relación con Estados cuyas fuerzas armadas, a su vez, no respetaran sus disposiciones (22).

En resumen, aunque cargado de buenas intenciones, el *Protocolo de Ginebra* no garantizaba la abstención del empleo de armas químicas, a menos que varias circunstancias se dieran cita: que estallara un conflicto de *carácter internacional*, en el que *todos* los contendientes fueran Partes (lo que no resultaba muy factible, pues durante décadas hubo ausencias tan importantes como las de Estados Unidos o Japón) y que se mostraran lo suficientemente respetuosos con las obligaciones contraídas como para *no*

(21) Por lo demás, el Protocolo obvia otras prohibiciones como la fabricación, el almacenamiento o el comercio de sustancias químicas que años más tarde la CAQ sí recogería y que, no en vano, resultan necesarias para garantizar la erradicación definitiva del arma química. ¿O es que acaso no es posible que si un Estado tiene en su poder o adquiere armas químicas, por no estarle prohibido, las emplee una vez declarado el conflicto aun a sabiendas de que esta conducta sí esta prohibida?. Sin duda, el mero hecho de poseer la tecnología para fabricarla es una tentación difícil de resistir. No obstante, la cuestión del comercio de sustancias despertó cierta preocupación durante los debates y la negociación, pese a que no se viera finalmente reflejada en el texto. En la primavera de 1925, la Sociedad de Naciones organizó la *Conferencia para la supervisión del comercio internacional de armas y municiones y de instrumentos de guerra* (4 de mayo-17 de junio de 1925, véase *League of Nations, Proceedings of the Conference for the supervision of the International Trade of Arms and Ammunition and in implements of war*, 1925) y, aunque no estaba previsto en la Agenda, la cuestión de la transferencia de armas químicas surgió enseguida, pese a lo cual toda propuesta de afrontar el tema fue rechazada, en parte porque muchos delegados consideraban necesario establecer primero una prohibición universal de empleo de este tipo de armas. Prohibir en aquel momento la mera transferencia de sustancias químicas (y biológicas) hubiera supuesto favorecer claramente a los Estados que ya las poseían y que, simplemente, se limitarían a continuar con sus programas de investigación, sin mayores trabas que la prohibición de exportar, mientras que, por el contrario, los países que no poseían programas químicos (o biológicos), por no tener el desarrollo científico adecuado para ello o por haber renunciado libremente a ellos, se encontrarían en clara indefensión respecto de aquéllos.

(22) Se dejaba ya entrever, también en esta materia, una práctica estatal (que luego cristalizaría en el artículo 60.2 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969), que contempla, como es sabido la violación grave del tratado como causa de terminación o suspensión del mismo. Salvo contadas excepciones, todos los que hicieron la primera de las reservas mencionadas, incluyeron a continuación la segunda. Entre las excepciones: sólo hicieron la primera reserva China y España y sólo incluyeron la segunda Checoslovaquia, Kuwait, Mongolia, Holanda, Estados Unidos y Yugoslavia.

emplear armas químicas en primer lugar, pues de lo contrario se abriría la veda también para quienes hubieran hecho la reserva correspondiente.

Había llegado el momento de actuar y, en un intento de reforzarlo, varias voces alegaron la posibilidad de que su contenido se hubiera transformado en *costumbre*, con lo que obligaría por igual a todos los estados, Partes o no.

El 6 de agosto de 1968, la delegación británica en la Conferencia de Ginebra presentó un documento muy crítico con el Protocolo, poniendo de relieve sus principales fallos (23). La reacción de Naciones Unidas, también preocupada por la cuestión, no se hizo esperar, de manera que el Comité de Desarme recomendó a la Asamblea General que encargara al Secretario General de las Naciones Unidas el nombramiento de un grupo de expertos para evaluar los efectos de una guerra química o biológica. En este informe, elaborado en 1968 y publicado al año siguiente, los expertos señalaron que, efectivamente, el *Protocolo* «establece una *costumbre* y, por tanto, una norma de derecho internacional positivo y, en la práctica, la mayoría de los Estados se han adherido al principio por el cual no recurrirían a tales armas» (24). La resolución 2603 A de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1969, constató, una vez más, que la regla que establece el *Protocolo* había alcanzado *naturaleza consuetudinaria* (25), hipótesis confirmada, además, por la doctrina (26) en numerosas ocasiones.

(23) Afirmando que el número de Estados no partes era aún elevado, que las reservas eran demasiado numerosas y, sobre todo, que no se sabía a ciencia cierta si sus normas eran estrictamente convencionales o comenzaban a fraguarse como normas consuetudinarias (doc. ENDC/231, 6 de agosto de 1968). Véase FISCHER, G.: «Chronique du control des armements», *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 122-153 (p. 127).

(24) Énfasis añadido. Doc. A/7575, párr. 7 (recogido por FISCHER, G.: «Chronique du control des armements», *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 122-153, p. 128). Anteriormente, la resolución 2162 (XXI) B, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 5 de diciembre de 1966 (21 votos a favor y 4 abstenciones), había invitado a todos los Estados a ajustarse a los principios y objetivos del Protocolo, condenando cualquier actuación contraria a los mismos.

(25) La resolución se aprobó por 80 votos a favor, 3 en contra y 36 abstenciones. El apoyo incondicional de Naciones Unidas al Protocolo de 1925 se ha demostrado en muchas otras resoluciones entre las que, por mencionar algunas, podríamos citar las siguientes: la resolución 35/144 de 12 de diciembre de 1980, la resolución 45/57 de 4 de diciembre de 1990, la resolución 53/77 L, de 4 de diciembre de 1988, la resolución 54/61 de 1 de diciembre de 1999 y la resolución 55/33 J, de 20 de noviembre de 2000.

(26) Por ejemplo, SCHWARZENBERGER, G.: *The legality of nuclear weapons*, Stevens & Sons Limited, London, 1958, p. 38 (p. 38: «...la prohibición de guerra bacteriológica y química contenida en el Protocolo debe considerarse como declarativa de derecho consuetudinario e igualmente obligatoria para todos los Estados. Por lo tanto, resulta irrelevante si un Estado es parte en el *Protocolo de Ginebra de 1925*»); BROWNLIE, I.: «Some legal aspects of the use of nuclear weapons», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, pp. 437-451, p. 442 y OPPENHEIM, L.: *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo II, vol. II: *Controversias, guerra y neutralidad*, ed. por H. Lauterpacht, Bosch, Barcelona, 1966, p. 344.

Así pues, el *Protocolo de Ginebra* de 1925 ha pasado de ser un mero instrumento jurídico acatado con ciertos recelos a encarnar el contenido en este tema del Derecho Internacional general, con todo lo que ello supone (27) y, de hecho, incluso su preámbulo lo reconoce implícitamente, al considerar condenado por la «opinión general del mundo civilizado» el uso de gases asfixiantes (...) (28). La actitud de los Estados parece haber acompañado este convencimiento (*opinio iuris*), ya que desde la Primera Guerra Mundial la abstención de empleo de gases químicos ha sido una práctica reiterada y los Estados, poco a poco, han ido retirando esas reservas (en concreto, han sido 17 los que lo han hecho) que mermaban su contenido, demostrando así que sus normas habían ganado un lugar propio e indiscutible en el universo jurídico internacional. Por supuesto, existen excepciones (29), pero no dejan de representar una porción muy pequeña de la opi-

(27) La doctrina contemporánea lo admite sin resquicio de duda alguna. Valga citar, por ejemplo, a ROBINSON, J. P. («The changing status of chemical and biological warfare: recent technical, military and political developments», *SIPRI Yearbook*, 1982, pp. 317-362, p. 323).

(28) H. MEYROWITZ («Les armes psychochimiques et le droit international», *Annuaire Français de Droit International*, 1964, pp. 81-126; en concreto, pp. 104-105) llega más lejos, al situar el *origen* de esta norma consuetudinaria en un momento incluso anterior, en 1919, fecha del *Tratado de Versalles*, cuyo artículo 171, como sabemos, recogía que «La fabricación e importación en Alemania de gases asfixiantes, venenosos u otros y cualquier líquido análogo, materiales o dispositivos, estando su empleo prohibido, resultan asimismo prohibidos». Con la expresión «estando su empleo prohibido», se denota que ya existía la convicción de la ilegalidad de estos gases, aunque el autor reconoce que esta formulación, en ese momento, era simplemente reflejo de lo que sólo después se iría convirtiendo en una auténtica costumbre (no en vano los Estados habían demostrado en la reciente Primera Guerra Mundial lo poco convencidos que estaban de la prohibición de gases) impulsada, sobre todo, por el *Tratado de Washington relativo al empleo de submarinos y gases asfixiantes en tiempo de guerra* de 1922 y con el *Protocolo de Ginebra* de 1925 (pp. 105-106). Su convicción acerca de la prohibición consuetudinaria del empleo del arma química es tal que llega a afirmar que la ausencia de su empleo en la Segunda Guerra Mundial no se debió a que el Protocolo lo prohibiera (porque, como sabemos, es un instrumento con importantes deficiencias) sino a que existía una costumbre en este sentido (p. 109).

(29) Así, se afirma que España las usó en la rebelión de los Rifs en Marruecos (1924-1925) y, de hecho, el hijo de Abdelkrim (líder de los independentistas del Rif), Said Jattabi, denunció este uso en el año 2002 y pidió indemnizaciones por ello (*El País*, 1 de febrero de 2002). En 1935, Italia atacó Etiopía con fosgeno e iperita; Egipto recurrió también a la iperita en la guerra civil del Yemen (1963-1967); los japoneses emplearon gas mostaza en la invasión de China (1938); en Vietnam (1961-1973) se utilizaron gases lacrimógenos y defoliantes y también en Irán (1983-1988) la población fue objeto de este tipo de ataques. Otras denuncias de empleo de armas químicas se produjeron en Afganistán (1981-1982) y en Mozambique (1992), pero la dilación en el comienzo de las investigaciones impidió conclusiones concretas. En ese mismo año, Armenia solicitaba una investigación en estos casos para determinar un posible empleo en el conflicto Nagorno-Karabachk, aunque finalmente no se encontraron evidencias. Y, por citar ejemplos más recientes: el Ejército de Estados

nión internacional. De este modo, pueden interpretarse, como el TIJ sostuvo en el *asunto de Nicaragua* (1986), más como factores que confirman la regla general que como elementos destructores de la misma (30).

La prohibición establecida en este instrumento jurídico supuso, pese a los obstáculos, además de una novedad en su tiempo, un gran hito en la historia del desarme, y así lo han reconocido textos posteriores, como la *Convención sobre Armas Biológicas* (1972) (31), cuyo Preámbulo resalta el papel que «ha desempeñado y sigue desempeñando para mitigar los horrores de la guerra» y reafirma la «adhesión a los principios y objetivos de este Protocolo». También el Preámbulo a la *Convención sobre Armas Químicas* recuerda las ocasiones en que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha condenado las acciones contrarias a los principios y objetivos del *Protocolo de Ginebra* y reconoce que el citado texto no es sino una reafirmación de los principios por él formulados, mientras que en su artículo XVI.3 afirma que la retirada de un Estado Parte de la Convención no afectará en modo alguno al deber de cumplimiento de las obligaciones contraídas «en virtud de las normas generales del derecho internacional, en particular las derivadas del Protocolo de Ginebra de 1925».

C. Otras normas y principios del Derecho Internacional Humanitario

Aunque la prohibición del empleo de armas químicas en conflicto armado está garantizada en la actualidad por el Protocolo de 1925, por la

Unidos selló cuarenta instalaciones químicas en Afganistán, para verificar las sospechas de que en ellas se producían armas químicas (*El País*, 28 de noviembre de 2001). Sobre los casos mencionados de empleo de armas químicas, véase, por ejemplo ROBINSON, J. P.: *Chemical warfare arms control: a framework for considering policy alternatives*, SIPRI, Taylor&Francis, Gran Bretaña, 1985, pp. 34-37 y, de ese mismo autor, la lista que incluye en «Origins of the Chemical Weapons Convention», *Shadows&Substance, The Chemical Weapons Convention*, ed. por B. Morel y K. Olson, Ridgway Series in International Security Studies, Westview Press, 1993, pp. 37-54 (p. 42, tabla 3.1), que enumera los casos denunciados y los probados.

(30) Son, por tanto, supuestos aislados que no pueden impedir la formación de esa costumbre. Recordemos al respecto las conclusiones de la Corte (*asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*): «The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conducts inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule» (*CIJ Recueil* 1986, p. 98, párr. 186).

(31) BOE 11 de julio de 1979.

CAQ y por la norma consuetudinaria existente en este sentido, éstos no hicieron sino traducir para las armas químicas algunas normas y principios asentados del Derecho Internacional Humanitario en los que la prohibición encuentra sus más profundas raíces.

Son dos los principios que destacan sobre los demás:

- El principio de humanidad, que encuentra su máxima expresión en la *cláusula Martens*, recogida hoy, como es sabido, por el artículo 1.2 del *Protocolo Adicional I* de 1977 a las *Convenciones de Ginebra* de 1949:

«En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública».

En su origen, esta disposición se incluyó en el Preámbulo a la *IV Convención de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre* (1907), siendo el objetivo del jurista ruso que la propuso (y de quien toma su nombre), el de dotar de una mayor flexibilidad a la Convención y asegurar de este modo la máxima protección a civiles y combatientes impidiendo, consecuentemente, la interpretación de que estaba permitido lo no expresamente prohibido (32).

La cláusula ha despertado del letargo en el que parecía haberse sumido gracias a la *Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* de 8 de julio de 1996, que realzó su importancia y vigencia, conectándola, además, con el principio de distinción entre combatientes y no combatientes y la prohibición de causar daños superfluos (33). De esta manera, incluso en el

(32) SCHWARZENBERGER, G.: *The legality...*, *óp. cit.*, p. 10. Pero algún otro autor ha señalado que ésta no era la función principal de la cláusula, que pretendía realmente mostrar «la primacía y la universalidad de los principios jurídicos y humanitarios en los conflictos armados» (ORIOI CASANOVA, en DíEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 826). H. MEYROWITZ (*Les armes biologiques et le droit international. Droit de la guerre et désarmement*, Pedone, Paris, 1968, p. 86, nota al pie 176) afirma que el contenido de la cláusula no constituye una fuente directa del Derecho de la guerra, sino un elemento importante en la creación de normas del derecho de la guerra. Véase también, sobre la *cláusula Martens*, ROLING, B: «The law of war and the national jurisdiction since 1945», *Recueil des Cours*, 1960, pp. 323-456 (pp. 323 y ss.) y MIYAZAKI, S.: «The Martens clause and international humanitarian law», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 433-444.

(33) *CIJ Recueil 1996*, p. 257, párr. 78. *Vid. ad ex.* CERVELL HORTAL, M. J.: *El Derecho Internacional ante las armas nucleares*, Diego Marín, Murcia, 1999, pp. 111-112.

supuesto —inexistente, afortunadamente— de que el arma química no estuviera prohibida por un tratado internacional *ex profeso* o por otras normas más concretas de naturaleza consuetudinaria, su empleo contravendría la cláusula *Martens*, pues difícilmente se respetarían «los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública».

• El principio de limitación de los medios de combate puestos a disposición de los beligerantes, confirmado en el *Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra* (1977) que establece, como norma fundamental, que «el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado» (art. 35.1), prohibiendo, además, «el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios» (art. 35.2). ¿Acaso no causaría un arma química este tipo de males y sufrimientos?

Estos dos principios tradicionales del Derecho Internacional Humanitario se completan con otros dos crecidos a su abrigo y que el Tribunal Internacional de Justicia ha reconocido como *principios cardinales e intransgredibles* del Derecho Internacional consuetudinario en la mencionada *Opinión Consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares: la obligada distinción entre población civil y militar y la prohibición de causar daños superfluos o males innecesarios* (34), muy útiles también para nuestra búsqueda de la prohibición de las armas químicas por el Derecho Internacional Humanitario.

Son todos ellos principios, por lo demás, con carácter consuetudinario que, como hemos observado, han encontrado reflejo en las *Convenciones de Ginebra* de 1949 y en la mayoría de disposiciones de los *Protocolos Adicionales de 1977*. Y aunque respecto de éstos han surgido algunas controversias, puesto que (se dice) mezclan disposiciones de claro valor consuetudinario con otras relativamente novedosas o que se convirtieron en el catalizador que sólo después hizo cristalizar la costumbre, lo cierto es que la doctrina ha defendido unánimemente la naturaleza consuetudinaria de gran parte de su contenido que, como veíamos, resultaría incumplido en el caso de un ataque químico (35). Así ocurre, en

(34) CERVELL HORTAL, M. J.: *El Derecho Internacional...*, óp. cit., pp. 120-127 (sobre todo, p. 126).

(35) Por ejemplo, W. R. HEARN («The international legal regime regulating nuclear deterrence and warfare», *The British Yearbook of International Law*, vol. LXI, 1990, pp. 199-249; pp. 241 y ss.) cree que expresan derecho consuetudinario los artículos 35.1, 35.2 y 48, siendo novedades los artículos 35.3, 51.5, 51.6, 55, 56 y 57 y ya son muchos quienes defienden que, en realidad, todo el texto del Protocolo ha adquirido ya ese carácter. El pro-

concreto, con los artículos 35.1, 35.2 y 48 del *Protocolo Adicional I*, que recogen, respectivamente, la prohibición de las partes de elegir de manera ilimitada los métodos de hacer la guerra, la prohibición de causar males superfluos o sufrimiento innecesario y el principio de distinción entre población civil y militar (36).

En suma, no parece sino que la redacción tanto del *Protocolo de Ginebra* como de la CAQ han sido el empeño por plasmar en el papel la aplicación de estos principios a las armas químicas.

Además de los principios mencionados, otras normas, en concreto algunas de las contenidas en los cuatro *Convenios de Ginebra* de 1949 y sus *Protocolos Adicionales* de 1977, podrían resultar incumplidas en caso de empleo de un ataque químico. ¿O es que acaso duda alguien de la imposibilidad de evacuar adecuadamente a los prisioneros de guerra a zonas fuera de combate o de la creación de zonas de seguridad (no afectadas, en este caso, por las sustancias químicas) a las que obligan los artículos 19 y 14 de las Convenciones II y IV?. ¿Se cumpliría la prohibición de no causar daños al medio ambiente (37)? ¿Y la obligación de respetar a la población civil y no someterla a ataques indiscriminados (38)?. Sin duda, el ataque con armas químicas lo haría *facto* imposible o, al menos, complicaría seriamente la tarea.

fesor PASTOR RIDRUEJO (*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 678) otorga, incluso, a algunas disposiciones de las Convenciones el carácter de *ius cogens*. Véase también GASSER, H-P: «Negotiating the 1977 Additional Protocols: was it a waste of time?», *Humanitarian law of armed conflict. Challenges ahead, Essays in honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 81-92 (afirma rotundamente la naturaleza consuetudinaria de los títulos III y IV, considerando que «much of the law contained therein is firmly embedded in The Hague law, which itself is considered to be customary law», p. 85); en esa misma obra, GREENWOOD, C.: «Customary law status of the 1977 Geneva Protocols», pp. 93-114 y ABI-SAAB, G.: «The 1977 Additional Protocols and general international law: some preliminary reflections», pp. 115-126. En la publicación *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, destacan en este tema: PENNA, L. R.: «Customary international law and Protocol I: an analysis of some provisions», pp. 201-226; RWELAMIRA, M. R.: «The significance and contribution of the Protocols Additional to the Geneva Conventions of August 1949», pp. 227-236 y TAKEMOTO, M.: «The 1977 Additional Protocols and the law of treaties», pp. 249-264.

(36) Para un análisis de la naturaleza de estos artículos, uno por uno, véase GREENWOOD, C.: «Customary law status ...», *op. cit.*, pp. 95 y ss..

(37) Arts. 35.1, 35.2 y 35.3 del Protocolo Adicional I.

(38) Arts. 51 y 52.2.

1.2. ¿FIN DE TRAYECTO?. LA CONVENCION SOBRE ARMAS QUIMICAS DE 1993

La batalla del Derecho Internacional Humanitario culminó, sin duda alguna, con la firma de la *Convención para la Prohibición de las Armas Químicas* en 1993, tras décadas de reñidas negociaciones iniciadas en 1968 en el seno del Comité de Desarme (39). Por fin, un tratado prohibía claramente no sólo el empleo de armas químicas *en cualquier circunstancia*, sino también su producción, adquisición, retención, almacenamiento y transferencia, obligando incluso a los Estados que lo ratificaran a destruir cuantas armas de esta naturaleza pudieran poseer.

La Convención, por tanto, dio forma a la aspiración máxima del Derecho Internacional Humanitario: la erradicación e ilegalización definitiva de un tipo de armas que se había mostrado especialmente cruel con los combatientes y la población civil. Este doble objetivo se garantizaba, además, gracias al mecanismo de verificación, diseñado para asegurar el cumplimiento y cuya puesta en marcha corresponde a una organización creada a tal efecto, la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ).

El complejo sistema de verificación asegura que ningún Estado se aparte del camino a seguir (40) y se basa, fundamentalmente, en tres elementos:

- Las declaraciones, iniciales (al entrar en vigor la CAQ) y anuales, que los Estados deben entregar acerca de datos diversos (instalaciones de

(39) Fue Suecia quien sugirió incluir el tema en el orden del día, tras el empleo de este tipo de armas por Egipto en el Yemen y de herbicidas en la guerra de Vietnam. Sobre la historia de la discusión acerca de la redacción de la *Convención de Armas Químicas*, véase KRUTZSCH, W. y TRAPP, R.: *A commentary on the Chemical Weapons Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, pp. 2-3; HYLTIENIUS, C.-M.: «The Chemical Weapons Convention: a great achievement in multilateral disarmament», *Disarmament*, United Nations, vol. XVI, no 1, 1993, pp. 1-13 (pp. 6-10); KENYON, I.: «Chemical weapons in the Twentieth Century. Their use and their control», *The CBW Conventions Bulletin*, n° 48, June 2000, pp. 1-15 (pp. 3-5) y PEÑAS MORA, J.: «La Convención de armas químicas del 13 de enero de 1993: génesis y exégesis de su texto», *Boletín de Información del CESEDEN*, n° 238, 1995, pp. 41-67 (pp. 44-47). Sobre las conversaciones que la precedieron en Ginebra: FLOWEREE, C. C. y ABERLE, R.: «Multilateral negotiation of a Chemical Weapons Ban», *FPI Case Studies*, no 22, The John Hopkins Foreign Policy Institute, Arlington, 1993; ROBINSON, J. P.: «Chemical warfare arms control ..., *óp. cit.*, pp. 1-11 y, del mismo autor, «The negotiations on the Chemical Weapons Convention: a historical overview», *Treaty enforcement and international cooperation in criminal matters with special reference to the Chemical Weapons Convention*, ed. por R. Yepes-Enríquez, y L. Tabassi, TMC Asser Press, The Hague, 2002, pp. 17-35 (pp. 22-30).

(40) No nos resistimos a ofrecer unas líneas acerca del mismo, aunque escuetas, pues somos conscientes de que no es el objeto principal de un trabajo que se centra en cuestiones de Derecho Internacional Humanitario.

producción de armas químicas o de determinadas sustancias químicas, ritmo de destrucciones de armamento, etc...).

- Las inspecciones de la OPAQ, iniciales y sistemáticas, tendentes a comprobar si se cumplen eficazmente los procesos de destrucción o si las instalaciones de producción de sustancias químicas se destinan a fines permitidos. También existen, para casos especiales, las *inspecciones por denuncia*, que tienen lugar cuando un Estado sospecha del incumplimiento de otro y las *inspecciones por presunto empleo de armas químicas*, que se producen cuando un Estado ha sido presuntamente atacado con este armamento.

- Las aclaraciones que los Estados Partes solicitan entre sí o a la OPAQ cuando sospechan que ha existido algún tipo de incumplimiento de la Convención por otro Estado Parte.

El artículo I de la Convención es el que se encarga de establecer las obligaciones generales a las que los Estados Partes se obligan y que se desgranar a lo largo del resto del texto. Así, se prohíbe no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar o conservar armas químicas, ni transferirlas a nadie, directa o indirectamente; no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo y no alentar o ayudar a nadie a realizar cualquier actividad prohibida por la Convención. Nada que ver, pues, con aquella limitada prohibición de empleo en la guerra que establecía el *Protocolo de Ginebra* ni, por supuesto, con las primitivas prohibiciones de veneno.

Son, además, obligaciones que los Estados han de cumplir *cualesquiera sean las circunstancias* (art. I); es decir, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, salvando así la CAQ uno de los obstáculos de los que adolecía el Protocolo de 1925. Esta apostilla aclara también otra de las dudas que líneas atrás planteábamos: la prohibición opera tanto en conflictos internacionales como internos, dejando claro lo que ya muchos intuían y que, de hecho, fue adelantado en 1995 por la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia en el *asunto Tadic*, al considerar expresamente que la prohibición de empleo de armas químicas era perfectamente aplicable a conflictos internos, con origen consuetudinario, obligatoria para todos los Estados, para todos los individuos (41) y, presumiblemente, en todas las situaciones.

(41) *Prosecutor v. Tadic, case n° IT-94-1 AR72, Appeals Chamber, Decision on the defence Motion for interlocutory Appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 124. La cuestión surge respecto del posible uso de Iraq de armas químicas contra sus nacionales kurdos, cuando el Tribunal estudia cuestiones varias respecto del Derecho de los Conflictos armados. El propio órgano judicial afirma que «lo que es inhumano, y por tanto prohibido, en guerras internacionales, no puede ser sino inhumano e inadmisibles en conflictos civiles» (párr. 119).

El Derecho Internacional Humanitario ha ganado, pues, *en principio*, la batalla, y no queda resquicio alguno por el que el arma química sea considerada legal. Desde la entrada en vigor de la Convención, un Estado Parte no puede siquiera plantearse un programa químico de índole defensiva con el que responder si fuera atacado (tiene prohibida la producción, el desarrollo, la adquisición y el almacenamiento) (42), no se le permite el empleo (en cualquier circunstancia, como ya hemos visto), no se le consiente el comercio de armas químicas (su transferencia está prohibida) ni resulta lícita tampoco la ayuda o inducción a otros para fabricarlas, lo que significaría, de contar con un número considerable de Estados Partes (que, a fecha de 29 de febrero de 2004, se eleva a 160), el bloqueo absoluto de este arma química.

La CAQ supone, por tanto, la culminación de la labor del Derecho Internacional Humanitario en su lucha contra las armas químicas, pero aún quedaría en el tintero una pregunta más que formular. Ya vimos que la relevancia del *Protocolo de Ginebra* había sido tal que incluso había alcanzado carácter consuetudinario pero, ¿podría predicarse lo mismo de la CAQ?. ¿Son sus disposiciones obligatorias sólo para los Estados Partes o han alcanzado un rango superior que permitiría aplicarlas a la generalidad de la sociedad internacional?. Para responder a la interrogante, habremos de distinguir dos cuestiones:

- La existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe el *empleo* de armas químicas está hoy fuera de toda duda. Ya el Protocolo de 1925 la adelantó, pero limitándola al supuesto de empleo en conflicto armado, mientras que el gran logro de la CAQ ha sido extender la prohibición a los *tiempos de paz*. ¿Qué datos avalan esta creencia?. En mi opinión, el extenso número de Estados que la han ratificado, igualado por pocos tratados y, sobre todo, la actitud demostrada durante décadas en las que no han cesado de condenar, no sólo su uso durante un conflicto armado (contienda Irán-Iraq, por ejemplo), sino también fuera de él. Basta recordar, por ejemplo, las rotundas reacciones al ataque terrorista con gas sarín en el metro de Tokio en 1995 por parte de la secta Verdad Suprema o las de la sociedad internacional y el propio Consejo de Seguridad (res. 687, 3 de marzo de 1991) ante el presunto almacenamiento de armas de destrucción masi-

(42) De hecho, la prohibición de empleo es tan amplia que, por si quedaba alguna duda, en la Conferencia previa a la adopción de la Convención se aprobó una interpretación conjunta (*common understanding*) del artículo I, por el que se entendía que «el ámbito de la prohibición del empleo de armas químicas incluye la prohibición del empleo contra Estados no partes en la Convención» (doc. CD/CW/WP.400, p. 142).

va en territorio iraquí descubierto tras la guerra del Golfo. Aunque son sucesos que pertenecen, tras la guerra de marzo-abril de 2003 y la remoción del régimen en el poder, a la Historia, lo cierto es que han resultado decisivos para conocer de cerca el sentir de la sociedad internacional acerca de las armas químicas.

- Ahora bien, cuestión diferente es reconocer la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba el resto de conductas que aparecen en su artículo I (desarrollo, producción o adquisición de armas químicas). En estos casos, la Convención de 1993 se ha limitado a recoger una serie de obligaciones que sólo los Estados Partes deben cumplir porque así lo establece la letra del tratado al que se vincularon y no porque exista una práctica reiterada ni una *opinio iuris* en este sentido, siendo su inclusión en un tratado internacional novedosa hasta la fecha, a diferencia de lo que ocurre con el *empleo*, prohibido en muchos otros.

¿Resulta preocupante que la única prohibición que haya adquirido rango consuetudinario sea la del empleo de armas químicas?. Pese a no ser asunto de urgencia extrema, sí debería convertirse en una de las nuevas metas del Derecho Internacional, por la sencilla razón de que (como argumentamos también en el caso del *Protocolo de Ginebra*) sólo un control exhaustivo de la transferencia de sustancias y del respeto a la prohibición de fabricar o almacenar armas químicas garantizará completamente su no empleo. Y aunque no exista (aún) obligación consuetudinaria al respecto, no es menos cierto que quizás los 167 Estados que se han comprometido a cumplir la CAQ hayan puesto ya las semillas necesarias para hacerla germinar.

2. (...) Y EL QUE QUEDA POR RECORRER

Las armas químicas están, por tanto, absolutamente prohibidas en la actualidad. ¿Significa eso que el Derecho Internacional Humanitario puede respirar tranquilo y dedicarse a otros menesteres?. Lo cierto es que, pese a su prohibición, estas armas no han desaparecido del todo y, muy al contrario, se configuran como uno de los grandes problemas de hoy en día, con la peculiaridad de que el peligro ya no emana tanto de los Estados y su posible empleo en combate, cuanto de los individuos que, aisladamente o en el seno de grupos terroristas, han descubierto su poder destructivo. Está claro que la cuestión, enfocada desde esta nueva perspectiva, parece escapar de las redes del Derecho Internacional Humanitario, encargado principalmente de velar por las víctimas y combatientes durante un conflicto armado.

¿Otros sectores del Derecho Internacional deben tomar el testigo y sustituirle en la lucha por la erradicación definitiva de las armas químicas?. En líneas generales, podría decirse que así es, pero no lo es menos que, en algunos aspectos, su implicación sigue siendo absolutamente necesaria.

Los esfuerzos deberían centrarse, hoy por hoy, en tres frentes: la pretensión de algunos Estados de emplear armas químicas no letales en combate aduciendo (erróneamente) su licitud; el poco acierto del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* al omitir de manera expresa el empleo de armas químicas como crimen de guerra y el castigo de los individuos que realicen conductas que, de una manera u otra, se relacionen con las armas químicas. Y si bien la tercera tarea se abstrae en algunos puntos, por su contenido, del Derecho Internacional Humanitario, su actuación respecto de las dos primeras resulta aún vital.

2.1. LAS ARMAS NO LETALES

De naturaleza humana es burlar las leyes y, desgraciadamente, también un texto tan aparentemente bien cuidado como la CAQ corre ese riesgo. Uno de los problemas actuales a los que se enfrenta la proscripción de las armas químicas es la errónea interpretación que de este concepto están realizando algunos Estados y que podría llevar a que determinadas sustancias se utilizaran en un conflicto armado, echando por tierra los duros años de esfuerzo del Derecho Internacional Humanitario y poniendo, una vez más, en serio peligro tanto a la población civil como a los combatientes.

La cuestión a la que me refiero es el pretendido derecho de determinados Estados (43) a desarrollar y emplear las denominadas *armas no letales* (44) (aquellas con efectos incapacitantes sobre quienes se dirigen

(43) Estados Unidos así lo ha defendido en la guerra de Iraq de 2003. De hecho, anunció que permitiría a sus tropas el empleo de gases lacrimógenos (*The New York Times*, 4 de abril de 2003). Es cierto que una ley interna (Orden 11850, de 1975) lo permite, pero su ilegalidad según la CAQ no ofrece dudas sin que, como es sabido, un Estado pueda apoyarse en su normativa interna para eximirse del cumplimiento de un tratado internacional (art. 27 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969, BOE 13 de junio de 1980).

(44) BOYD, K.: «U.S. grapples with use of nonlethal agents», *Arms Control Today*, April 2003, www.armscontrol.org/act/2003-04/nonlethal-apr03.asp . Sobre armas químicas letales, en general, véase DANDO, M.: «Scientific and technological change and the future of the CWC: the problem of non-lethal weapons», *Disarmament Forum*, UNIDIR, n° 4, 2002. pp. 33-44, <http://www.unidir.ch/fiche-article.php?ref-article=1824> . Entre ellas, podrían incluirse sedantes, opiáceos e, incluso, dejando a un lado las que tienen origen químico, las generadoras de sonidos que hacen vibrar órganos internos, los rayos láser, microondas que provocan el aumento de la temperatura corporal, etc...

y que no persiguen la muerte como objeto principal) apoyándose, erróneamente, en su legalidad bajo el concepto de arma química de la CAQ. Ésta, cierto es, permite (arts. I.3 y II.9) el empleo de agentes de represión de disturbios y de mantenimiento del orden (y, por tanto, podría pensarse que también algunas armas no letales), pero lo limita a las revueltas de carácter interno (nunca en conflicto armado), a lo que se une el hecho de que la propia definición del arma química de la Convención impediría la mencionada posibilidad. Para comprender el problema se hace necesario acometer con carácter previo las peculiaridades de esa definición (art. II.1) (45):

«Por arma química se entiende, conjunta o separadamente:

a) Las sustancias químicas tóxicas o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente convención, siempre que los tipos y cantidades sean compatibles con esos fines.

b) Las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de sus municiones o dispositivos; o

c) Cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos especificados en el apartado b)».

La CAQ introduce en este artículo lo que se ha denominado como criterio del propósito general (*general purpose criterion*). Es decir, una sustancia química resultará prohibida no por su mayor o menor toxicidad, sino en función del objetivo (letal o dañino) para el que se emplee (46). O, por decirlo de otra manera, aunque el producto químico empleado tuviera aplicaciones inofensivas, como es el caso de las armas no letales (que no provocan la muerte), se considerará arma

(45) Véase, por ejemplo, «What is a chemical weapon?», *OPCW Fact Sheet 4*, Media and Public Affairs Branch, External Relations Division, OPCW, revisado el 25 de julio de 2000 y la que, sin duda, es la gran obra explicativa de la CAQ: KRUTZSCH, W. y Trapp, R.: *A commentary... óp. cit.*, pp. 23-36.

(46) Sobre el tema, véase CLERCKX, J.: *La vérification de l'élimination de l'arme chimique, Essai d'analyse et d'évaluation de la Convention de Paris du 13 Janvier 1993*, LGDJ, Paris, 2001, p. 14 y KRUTZSCH, W. y TRAPP, R.: *A commentary ...*, *óp. cit.*, pp. 24-28.

química si el resultado final que persigue es el de causar algún tipo de daño (47).

El *criterio del propósito general* se convertiría, por tanto, en el mejor argumento para recordar que lo que la CAQ prohíbe son las sustancias químicas o sus precursores (salvo cuando se destinen a fines no prohibidos, según el art. II.1), en los límites y cantidades fijados, y que sustancia química es cualquiera que pueda «causar la muerte, la incapacidad temporal o lesiones permanentes a seres humanos o animales» (art. II.2). Es decir, las armas prohibidas son aquellas que provoquen, tanto la muerte como la incapacidad temporal o lesiones, de manera que parece demostrado que permitir la legalidad de las armas no letales sería poco congruente con la letra y el espíritu de la CAQ.

El Comité Internacional de la Cruz Roja ya advirtió del peligro de estas erróneas interpretaciones en la Primera Conferencia de Revisión de la Convención (48) y, a la vista de las actitudes de varios Estados, parece claro que no va a ser la última ocasión en que se vea obligado a hacerlo.

2.2. EL EMPLEO DEL ARMA QUÍMICA COMO CRIMEN DE GUERRA

El 17 de julio de 1998 se adoptaba en Roma el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (49) sin que en él encontrara hueco el empleo del

(47) Pero a este criterio, el principal de la Convención, hemos de añadir otro, pues el artículo II.1.a) considera, como ya sabemos, armas químicas a las sustancias tóxicas y sus precursores, salvo que se destinen a fines no prohibidos, pero «siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines», con lo que una sustancia química será susceptible de ser considerada arma química cuando se emplee, como sabemos, con la intención de producir daños a los seres humanos y los animales (primer criterio o *criterio de propósito general*), pero también cuando pese a parecer destinarse a fines permitidos, las cantidades y tipos empleados revelen que no es realmente así (segundo criterio). A. CIPOLAT («The new Chemical Weapons ...», *óp. cit.*, p. 404) distingue, por ejemplo, dos criterios, el «*end-use criterion*» y el «*consistency criterion*».

(48) 28 de abril-4 de mayo de 2003. La Declaración puede consultarse en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja (<http://www.icrc.org>).

(49) BOE 27 de mayo de 2002. Sirvan las citas, como visión general, de CAFLISCH, L.: «Réflexions sur la création d'une Cour criminelle internationale»; *Theory of International Law at the threshold of the 21st century, Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, ed. por J. Macarczyk, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1996, p. 874; MERON, T.: «Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court», *Reflections on the International Criminal Court, Essays in honour of Adriaan Bos*, ed. por H. A. M Von Hebel, J. G. Lammers, y J. Schukking, TMC Asser Press, 1999, pp. 47-51; SWART, B. y SLUITER, G.: «The International Criminal Court and International Criminal Co-operation», *Reflections on the International Criminal Court, Essays in honour of Adria-*

arma química como crimen de guerra y limitándose el artículo 8.2.b a definir como tal el empleo de veneno o armas envenenadas (apartado xvii) y de gases asfixiantes, tóxicos o similares (apartado xviii) (50).

¿Significa eso que, pese a resultar prohibido para los Estados, ningún individuo podrá ser castigado por hacer uso de estas armas en conflicto armado?. La solución lógica hubiera sido incluir en el Estatuto, como categoría de armas cuyo empleo pudiera considerarse crimen de guerra, a las químicas (y, por qué no, a las nucleares y las biológicas) pero, negada ésta, la única salida posible, a la vista de las circunstancias, sería forzar una interpretación del texto del Estatuto y considerar que el empleo de armas químicas podría asimilarse al de veneno o armas envenenadas o al de gases asfixiantes, tóxicos o similares (51).

El análisis de los *elementos del crimen* elaborados por la Comisión Preparatoria del Tribunal Penal Internacional (52) en un intento de ayudar

an Bos, ed. por H. A. M Von Hebel, J. G. Lammers, y J. Schukking, TMC Asser Press, 1999, pp. 91-128; ARSANJANI, M. H.: «The Rome Statute of the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 27 y ss. También puede consultarse CARRILLO SALCEDO, J. A.: «La Cour pénale internationale. l'humanité trouve une place dans le droit international», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103, 1999, pp. 23-28; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Luces y sombras del Tribunal Penal (Roma, 1998)», *Carthaginensia*, vol. XVI, 2000, pp. 83-137; *id.*, «La contribución del Estatuto de Roma (1998) sobre la Corte Penal Internacional a la consolidación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 9, julio-diciembre 2000, pp. 319-368 y RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L.: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n° 4 (ed. a cargo de C. Escobar Hernández), Madrid, 2000, pp. 133-162.

(50) Tampoco los *Estatutos* de los Tribunales Penales para la ex — Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994) lo castigaron expresamente (BOE 24 de noviembre de 1993 y 24 de mayo de 1995, respectivamente). Este último sí incluyó como violación de las leyes o costumbres de guerra el empleo de armas venenosas o concebidas para causar sufrimientos innecesarios. Para E. DAVID («Le Tribunal international penal pour l'ex-Yougoslavie», *Revue Belge de Droit International*, vol. XXV, 1992, 2, pp. 565-598, p. 576), la omisión no es casualidad, sino que prueba la poca voluntad demostrada en numerosas ocasiones de los Estados de incluir este tipo de armas. De hecho, en la Conferencia de Ginebra (1974-1977) que daría lugar a la aprobación de los *Protocolos Adicionales* a las Convenciones de 1949, algunos Estados defendieron una disposición que calificara de infracción grave el empleo de armas prohibidas por el derecho positivo, sin que pudiera alcanzarse la mayoría de dos tercios necesaria para su aprobación (*Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, CICR, Genève, 1974-1977, vol. III, pp. 335-336, pp. 290-292).

(51) En esta línea, Meron, T.: «Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court», *Reflections on the International Criminal Court, Essays in honour of Adrian Bos*, ed. por H. A. M Von Hebel, J. G. Lammers, y J. Schukking, TMC Asser Press, 1999, pp. 47-51, pp. 47-56 (sobre todo, p. 53).

(52) UN doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000, *Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes*, p. 33.

a los jueces en su interpretación del Estatuto, podría apoyar esta idea pues, en el caso del veneno, es necesario que el «autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso» y que «cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas» (53). En el supuesto de empleo de gases, líquidos, materiales o dispositivos análogos, se exige utilizar «un gas u otra sustancia o dispositivo análogo» y, al igual que en el caso anterior, que «cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas» (54). *A priori*, por tanto, nada en los elementos de los crímenes mencionados impediría pensar que en esos supuestos puedan incluirse las armas químicas.

Con todo, y he de reconocerlo, los riesgos de esta interpretación son muchos y las posibilidades de que tenga alguna vez lugar, escasas, por el rechazo que la mención expresa del empleo de armas químicas, biológicas y nucleares como crimen de guerra suscitó durante la redacción del texto del Estatuto. En un primer momento, la Secretaría ofreció incluir entre las armas prohibidas las químicas y las biológicas (omitiendo las nucleares, más controvertidas), pero la oposición de determinados Estados, que se consideraron discriminados porque sólo se prohibieran las denominadas armas nucleares de los *pobres*, lo impidió (55),

(53) Son tres más los elementos que se configuran en este caso: que la conducta tenga lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y que el autor sea consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia del conflicto armado.

(54) Se incluyen, igualmente, los otros dos elementos que mencionábamos en la nota al pie anterior.

(55) La consideración de agentes biológicos o químicos como crimen de guerra sí aparecía expresamente en los borradores del Estatuto. Por ejemplo, el doc. A/CONF/C.1/L.53, debatido el 6 de julio de 1998 (disponible en doc. A/CONF.183/13, vol. III, Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma 15 de junio-17 de julio de 1998, docs. oficiales, vol. III, pp. 210-219) incluía, como posible *variante*, bajo crimen de guerra, el empleo de veneno o armas envenenadas; gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; agentes bacteriológicos (biológicos) o toxinas para fines hostiles o en conflictos armados y las «armas químicas definidas y prohibidas en la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993» (variante 1 al artículo, p. 212). Otra propuesta llegó a incluir expresamente las armas nucleares (variante 2, p. 213). La mención a armas químicas (y biológicas) se mantuvo en varios borradores (doc. A/CONF.183/C.1/L.59, 10 de julio de 1998, disponible en doc. A/CONF.183/13, vol. III, Conferencia Diplomática ..., *cit.*, p. 222) pero, finalmente, desapareció. Véase, respecto de este tema, GUTIÉRREZ ESPADA, C. «Luces y sombras del ...», *óp. cit.*, pp. 113-114) y QUEL LÓPEZ, F. J. y BOLLO AROCENA, M. D.: «La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento contra la impunidad?», *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, ed. por A. Blanc Altemir, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 147-168 (p. 157).

pese a que algunos constataron su pesar al respecto en la Conferencia de Roma (56).

La polémica cuestión se ha dejado también entrever en las declaraciones con las que los Estados han acompañado sus instrumentos de ratificación del Estatuto y que parecen condenar al olvido la posible interpretación que acabamos de defender (57). Pese a todo, prefiero pensar que la posibilidad sigue abierta, simplemente, porque la letra del Estatuto y los elementos del crimen no la destierran (58) y, quizás, sólo haya que esperar el momento o la situación oportunos para activarlas, acudiendo a la regla de que si el texto de un tratado (en su contexto y atendiendo a su objeto y fin) no plantea dudas sobre el sentido de la disposición, no es necesario acudir a trabajo *preparatorio alguno* (arts. 31 y 32 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969*).

En cualquier caso, siempre queda otro resorte, el de la letra xx del apartado 2.b del artículo 8, que permite el castigo de empleo de armas que, en un futuro «sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda...», bajo el cual cabría la posibilidad de incluir expresamente a las armas químicas.

(56) Unos lamentaron que no se incluyeran como crimen de guerra las armas de destrucción masiva en general y otros se limitaron a categorías concretas: Bangladesh (armas de destrucción masiva), Benin (armas nucleares), Cuba (armas de destrucción masiva), India (armas nucleares), Singapur (armas químicas y biológicas) y Sudán (armas nucleares). Las declaraciones de los representantes de estos Estados y del CICR, que desarrollan las ideas mencionadas, puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.un.org/icc/speeches>. También el Comité Internacional de la Cruz Roja mostró su rechazo a estas exclusiones (*vid. UN Chronicle, On line edition*, vol. XXXV, nº 3, 1998). Las declaraciones de los Estados mencionados y del representante de la Cruz Roja (Y. Sandoz) pueden consultarse en el doc. A/CONF.183/13, vol. II, Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma 15 de junio-17 de julio de 1998, docs. oficiales, p. 140, párr. 100 (Bangladesh); p. 149, párr. 109 (Benin); p. 138, párr. 70 (Cuba); p. 134, párr. 16, India; p. 136, párr. 48 (Singapur); p. 139, párr. 76 (Sudán) y p. 141, párr. 113 (Cruz Roja).

(57) Francia deja claro que consideraba que el artículo 8.2.b) se refiere «sólo a las armas convencionales y que no puede regular o prohibir el posible empleo de armas nucleares ni afectar a las otras normas del derecho internacional aplicables a otras armas, necesarias para el ejercicio por Francia de su derecho inherente de legítima defensa, a menos que las armas nucleares y las otras armas reseñadas sean objeto, en el futuro, de una prohibición completa y se especifiquen en el Anexo al Estatuto por medio de una enmienda...».

(58) Incluso, algunos Estados parecen apoyarlo. Nueva Zelanda y Egipto entienden que la mayoría de crímenes establecidos en el artículo 8 no se refiere a ningún arma en concreto, alegando que las normas humanitarias se aplican siempre y con independencia del método de combate empleado. Egipto incluso afina su declaración un poco más, sosteniendo que el artículo 8.2. b), xvii) y xviii) «se aplicará a todo tipo de emisiones que sean indiscriminadas en sus efectos y a las armas empleadas para distribuir las, incluyendo a las emisiones resultantes del empleo de armas nucleares».

Claro que, como se ha señalado (59), al condicionarse esta posibilidad a la redacción de enmiendas, el proceso deberá esperar, como mínimo siete años desde la entrada en vigor de la Convención (1 de julio de 2002), pues éste es el plazo que prevé el artículo 121. Además, de acuerdo con el artículo 121.5 las enmiendas referidas a los artículos 5 a 8 «entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado» y, ante las fuertes negativas que encontró la inclusión del empleo de armas de destrucción masiva como crimen de guerra, me temo que las expectativas son pocas.

En definitiva, pese a la más que probable reticencia de algunos Estados, la redacción del Estatuto permitiría defender *en teoría* la posibilidad de que un ataque con armas químicas fuera considerado como crimen de guerra y enjuiciado por el Tribunal Penal Internacional. Ciertamente, exponemos la posibilidad conscientes de su poca perspectiva de éxito, cuanto más tratándose de un órgano judicial cuya jurisdicción no ha tenido una cálida acogida. Que el Tribunal la acepte o no, llegado el caso, es algo que no nos atrevemos a aventurar, pero mientras otro tipo de soluciones (que analizaremos posteriormente) sean pura teoría, esta opción es, pese al riesgo de pecar de defensores de causas perdidas, la única que estamos en condiciones de plantear (60).

2.3. EL CASTIGO INTERNACIONAL DE CONDUCTAS RELACIONADAS CON LAS ARMAS QUÍMICAS

Mientras existan individuos tentados por este armamento no podremos considerar las armas químicas totalmente erradicadas ni la victoria del Derecho Internacional Humanitario definitiva.

Salvando las dificultades reseñadas hasta ahora, sería posible castigar al individuo que, desatado un conflicto armado, recurra al empleo de armas químicas pero ya hemos afirmado que lo usual es que, en la actualidad, esta posibilidad se produzca fuera de una contienda bélica, bajo la

(59) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Luces y sombras...», *óp. cit.*, p. 114.

(60) Con todo, de vez en cuando saltan a la palestra internacional propuestas sorprendentes, tanto por su contenido como la identidad de quienes las plantean: G. W. Bush, por ejemplo, propuso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en septiembre de 2003, la redacción de una resolución que instara a los Estados a *criminalizar* las armas de destrucción masiva. El texto puede consultarse en la página web de Naciones Unidas (<http://www.un.org/webcast/ga/debate-23.htm>). Destaca también, al respecto, KUCIA, C.: «Bush calls on UN to curb proliferation», *Arms Control Today*, October 2003, [http://www.armscontrol.org/act/2003-10/President Bushs'sSpeech.asp](http://www.armscontrol.org/act/2003-10/President%20Bushs%20Speech.asp) .

forma, por ejemplo, de ataque terrorista. ¿Cómo imponer el castigo merecido en ese caso?. ¿Bastaría con prever una sanción al *empleo* o deberían merecerla también otras conductas como la fabricación, la adquisición o la transferencia?.

Salvo en el *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* de 1997 (61), que considera delito (art. 3) el entregar, colocar, arrojar o detonar un artefacto que propague productos químicos tóxicos (art. 1.3), no aparece expresamente tipificado en ningún tratado internacional acto alguno llevado a cabo por particulares y relacionado con las armas químicas. La CAQ, en cuanto tratado internacional de desarme dirigido prioritariamente a los Estados no resuelve estas cuestiones, que prefiere dejar en manos de los propios Estados Partes [mediante la legislación penal de desarrollo prevista en el artículo VII.2 (62)] y pese a que circulan determinados borradores de tratados que sí contemplan expresamente la responsabilidad del individuo por estas conductas (de entre los cuales destaca el proyecto de *Convención para la prohibición de armas químicas y biológicas bajo el Derecho Penal Internacional* (63), que posteriormente analizaremos), de momento, la única posibilidad de castigarlas en el ámbito internacional es encuadrándolas en otros tipos penales, como el genocidio, el crimen de guerra (con las dudas que ya vimos que el *Estatuto del TPI* plantea) o el crimen contra la humanidad lo que, necesariamente, exigirá que se den otros requisitos añadidos (64). Es decir, en todos estos casos (salvo, quizás, el crimen de guerra) son conductas que recibirán la sanción correspondiente por ajustarse a esos tipos penales, resultando secundario el

(61) BOE 12 de junio de 2001

(62) Legislación que no todos los Estados Partes han desarrollado. En el año 2002 sólo un 41% de los Estados Partes había cumplido con este deber (OPCW doc. EC-28/DG.4, 28 de febrero de 2002). El porcentaje se elevó a un 44% en noviembre de ese mismo año según los datos reflejados por F. TREGONNING («Progress in The Hague. Developments in the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons», *The CBW Conventions Bulletin*, nº 58, December 2002, pp. 8-19 (p. 13). La Conferencia de Revisión condenó duramente estos retrasos en el desarrollo de la legislación nacional (Declaración Final, párr. 15, doc. RC-1/3, 9 de mayo de 2003).

(63) Elaborado por el *Harvard Sussex Program on CBW Armament and Arms Limitation* (<http://www.fas.harvard.edu/~hsp/crim01.pdf>).

(64) De momento, sólo existe el precedente del tribunal militar británico con sede en Hamburgo que juzgó a industriales alemanes por suministrar a las SS los gases culpables de exterminio de civiles en la Segunda Guerra Mundial (asunto Zyklon B, *British Military Court, Hamburg, 8 March 1946*, en *UN War Crimes Commission*, 1947, vol. I, p. 93). Al respecto, véase HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2000.

hecho de ser el químico el armamento elegido, pues hubieran merecido idéntico castigo si otro hubiera sido el empleado.

De hecho, se ha planteado la posibilidad de considerar el empleo de armas químicas como uno de los delitos internacionales susceptibles de someterse a jurisdicción universal, de manera que el tribunal que la hubiera reconocido pudiera castigarlas dondequiera que se produjesen.

Ahora bien, en este supuesto nos encontramos con la reticencia existente al respecto (ni siquiera, como vimos, se acepta el empleo del arma química como crimen de guerra), sobre todo teniendo en cuenta el poco éxito que el ejercicio de la jurisdicción universal parece tener en los últimos tiempos (65). Además, en todo caso, se trataría de una *solución* limitada, pues bajo esta perspectiva sólo contemplaríamos el caso de *empleo* de armas químicas *stricto sensu* (no la definición que recoge la CAQ en su artículo II), pero nunca otras conductas como la fabricación, la transferencia o el almacenamiento, por citar algunas que la Convención sí prohíbe expresamente y cuya persecución resulta, si cabe, más difícil.

La poca viabilidad de las hipotéticas soluciones formuladas hasta ahora ha forzado a explorar nuevos horizontes y proyectos entre los cuales destaca el de la *Convención para la prohibición de armas químicas y biológicas según el Derecho Penal Internacional*, que pretende salvar es la falta de previsión de la *Convención sobre Armas Químicas* y del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* para castigar las conductas de individuos relacionadas con armas químicas

Aun suponiendo que un Estado Parte en la CAQ haya llevado a la realidad su compromiso de aprobar legislación penal de desarrollo, no se le obliga a castigar conductas prohibidas que cometan ciudadanos extranjeros (que, eventualmente, se encuentren en sus fronteras). Es

(65) Valgan algunos ejemplos: resistencia del TIJ a pronunciarse sobre determinados aspectos de la jurisdicción universal en el asunto que enfrentó al Congo con Bélgica (*asunto sobre la orden de arresto de 11 de abril de 2000*, <http://www.icj-cij.org>, de 14 de febrero de 2002) en el que, desgraciadamente, prefirió resolver la cuestión limitándose estrictamente a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de ciertos sujetos (algunos jueces sí optaron por hacerlo, como la Juez *ad hoc* Van den Wyngaert, que se refirió a la base consuetudinaria de la jurisdicción universal respecto de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad [párr. 59], y los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta [párrs. 45 y 61]); la modificación (con carácter restrictivo) de la *Ley belga de jurisdicción universal* en julio de 2003 (*International Legal Materials*, vol. 142, September 2003, pp. 1258—1283) o, incluso, la postura de nuestro propio Tribunal Supremo en la sentencia 327/2003 (Sala de lo Penal, de 25 de febrero, RJ 2003/2147, Fundamentos de Derecho Primero y Tercero) en la que se enjuiciaba el genocidio maya cometido en Guatemala y en la que realizó una (criticada) interpretación restrictiva de la cuestión y, en general, del artículo 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

decir, el artículo VII obliga a los Estados a adoptar penas para las conductas prohibidas llevadas a cabo por las personas (con independencia de su nacionalidad) dentro de su territorio o las protagonizadas sus nacionales dondequiera que sea, pero eso impediría, por ejemplo, castigar al individuo de nacionalidad extranjera (de un Estado parte o no en la CAQ) que, en un Estado no parte, hubiera fabricado armas químicas y se encontrara de paso en su territorio. De acuerdo con la CAQ, ese individuo podría viajar por un Estado Parte libremente, sin que nada se pueda hacer por castigarlo. Además, aunque cada vez en número menor, aún existen Estados que se niegan a ratificarla, con lo que nos encontraríamos con auténticos paraísos donde (salvo que la legislación interna se mostrara *dura* al respecto) sería relativamente fácil, con la confianza de no saberse vigilados ni castigados, construir o adquirir armas químicas o comerciar con ellas.

El *Proyecto de Convención para la prohibición de armas químicas y biológicas según el Derecho Penal Internacional*, por el contrario, obligaría a cada Estado Parte a establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos sobre todas las personas que, en un momento dado, se encontraran en su territorio, con independencia del lugar en que el hecho fue cometido y de la nacionalidad del actor (66); a iniciar investigaciones, tras recibir la información de que esa persona puede encontrarse en su territorio y perseguir o extraditar a los que presuntamente hayan cometido estas actividades y se *encuentren* en su territorio. Para el caso expreso de «empleo intencionado de armas químicas y biológicas contra personas» (art. 5.1.f), la jurisdicción se amplía aún más, pues no depende de vínculo alguno; es decir, no importa la nacionalidad del autor ni del lesionado, ni que se cometa en territorio propio y, ni siquiera, que esa persona se encuentre dentro de sus fronteras. El artículo 1 del borrador, asimismo, no sólo castiga el empleo de armas químicas, sino también (es su mayor novedad), su adquisición, almacenamiento, la participación, inducción y tentativa de empleo e, incluso, la fabricación de instalaciones dedicadas a su fabricación.

Por lo demás, no sólo se aplicaría a las armas químicas, sino también a las biológicas, lo que supone una ventaja añadida, en tanto en cuanto la CAB es más *cicatera* que la CAQ a la hora de castigar las conductas prohi-

(66) Se impone una jurisdicción amplia, de modo que ésta viene determinada por el vínculo de la nacionalidad (el autor es nacional de ese Estado o lo son los lesionados), el de la residencia (cosa que no deja de ser llamativa) o por el vínculo territorial (la conducta tiene lugar en ese Estado o, incluso, el autor se encuentra, aunque sea de paso, en él).

bidas realizadas por los particulares, sin que ni siquiera obligue a adoptar legislación pena alguna al respecto (67).

Aunque no se puede hablar de equiparación con la jurisdicción universal, ya que se exige el vínculo mínimo de que la persona se encuentre en el territorio del Estado (y, como veremos, a veces, ni eso) sí que se produce una ampliación de la capacidad de actuación de los tribunales del Estado Parte, que redundaría en la erradicación del arma química.

De esta manera, pocas salidas quedan para quien pretenda realizar una de las actividades prohibidas. Incluso aunque un individuo no nacional de un Estado no parte las llevara a cabo en un Estado que tampoco fuese parte, los riesgos de ser perseguido y capturado son muchos, bastando con pisar el territorio de un Estado Parte para que, de acuerdo con el artículo 5.2, pueda ser investigado y enjuiciado. Es más, incluso aunque no se encontrara nunca bajo territorio de un Estado Parte, se podría castigar su conducta (se entiende que previo consentimiento del Estado en el que se encuentra o donde ha cometido la acción) si se tratara de un caso de *empleo* de armas químicas o biológicas (art. 5.1, f) (68).

El Proyecto, aunque indudablemente beneficioso, no pasa de ser a fecha de hoy, más que eso, con lo que le queda aún por recorrer un largo camino, sembrado de *baches* como el visto bueno de la Sexta Comisión de Naciones Unidas, la aprobación (en su caso) de una Conferencia Intergubernamental y, finalmente, la consecución de un número suficiente de ratificaciones para entrar en vigor. La tarea —ardua y sin garantía de éxito— parece aconsejar que la solución a corto plazo óptima sería, más bien, perfeccionar los mecanismos de los que ya disfrutamos (CAQ) pero, sin duda, apostar por él sería apostar por impedir que ni Estados ni individuos recurran a las armas químicas. Ya que el objetivo lo merece, nada se pierde intentándolo.

En definitiva, la labor del Derecho Internacional Humanitario en la lucha contra las armas químicas puede considerarse como éxito absoluto, pues ha sido su infatigable esfuerzo el que ha permitido tanto la redacción

(67) El artículo IV de la CAB dice así: «Cada Estado Parte en la presente Convención adoptará, en conformidad con sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para prohibir y prevenir el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores especificados en el artículo I de la Convención en el territorio de dicho Estado, bajo su jurisdicción y bajo su control en cualquier lugar».

(68) Todas estas prohibiciones se completan con la asistencia entre los Estados Partes, tanto en cuestiones de investigación cuanto en cuestiones judiciales o procedimentales (artículo 9) y con la cooperación con fines preventivos (artículo 12).

de varios tratados internacionales prohibiéndolas (*Protocolo de Ginebra* de 1925 y *Convención sobre Armas Químicas* de 1993, sobre todo) como el nacimiento de una norma consuetudinaria condenando su empleo.

Los Estados, por tanto, tienen vetado el recurrir a ellas, pero eso no garantiza su desaparición absoluta: las fisuras de la CAQ, el fracaso del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional* de incluirlas expresamente como crimen de guerra y la *afición* a este armamento demostrada en los últimos tiempos por grupos terroristas nos obliga a permanecer siempre vigilantes.

SUMARIO

El Derecho Internacional Humanitario ha sido el principal impulsor de la prohibición del arma química. Desde los primeros intentos, en los que la ilegalidad se limitó a su empleo en conflicto armado, hasta los actuales, en los que, gracias sobre todo a la *Convención sobre Armas Químicas* de 1993, la prohibición del arma química es absoluta, han sido muchos los esfuerzos desarrollados.

Con todo, el peligro no ha desaparecido del todo y el arma química sigue siendo una tentación para determinados Estados y, sobre todo, para grupos terroristas que han descubierto sus efectos destructivos y la facilidad de su empleo. Evitar fisuras en las convenciones que la contemplan y explorar nuevos ámbitos de prohibición, a veces incluso fuera del campo de acción estricta del Derecho Internacional Humanitario, son los retos a los que debe enfrentarse la sociedad internacional de hoy para garantizar, de una vez por todas, la erradicación definitiva de este arma.