



**LA DECLARACION DE GUERRA EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL
(Un mecanismo para el control jurídico
de la participación del Estado español en
conflictos armados)**

EDUARDO MELERO ALONSO



LICENCIA CREATIVE COMMONS

Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 España

- Esta licencia permite copiar, distribuir y comunicar públicamente este texto, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:



Reconocimiento: deberá respetarse la autoría del texto. El nombre del autor deberá aparecer reflejado en todo caso.



No comercial: no se puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas: no se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

- Los términos de esta licencia habrán de constar de una manera clara para cualquier uso o distribución del texto.

- Estas condiciones se podrán alterar con el permiso expreso del autor.

Este libro está bajo una licencia Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.5 Spain de Creative Commons. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/> o envíe una carta a Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.

© 2006, Eduardo Melero Alonso

© 2006, de la edición, Editorial Dykinson, S.L.

Este texto, aunque no mantiene la misma paginación que el original, recoge el contenido íntegro del libro del mismo título editado por la Editorial Dykinson, S.L. (ISBN: 84-9772-821-1).

Foto de portada: «army», realizada por belgianchocolate (publicada con una licencia Creative Commons Reconocimiento 2.0 en http://www.flickr.com/photo_zoom.gne?id=18578867&size=o)

*A Gemma,
mi sonrisa de cada día*

«La guerra es un crimen contra la humanidad. Por ello me comprometo a no apoyar ningún tipo de guerra y a luchar por la eliminación de todas sus causas»

DECLARACIÓN DE LA INTERNACIONAL DE RESISTENTES A LA GUERRA

Índice

ABREVIATURAS UTILIZADAS	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO 1. EL MARCO JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA.....	13
1. DERECHO ESPAÑOL	13
2. DERECHO INTERNACIONAL	15
2.1. <i>Carta de las Naciones Unidas</i>	15
2.1.1. La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza.....	16
2.1.2. El derecho de legítima defensa	18
2.1.3. El sistema de seguridad colectiva de la Organización de las Naciones Unidas.....	20
2.2. <i>Tratado del Atlántico Norte</i>	21
2.2.1. El contenido del Tratado del Atlántico Norte	21
2.2.2. El Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de 1999.....	23
2.2.3. Influencia del Nuevo Concepto Estratégico en el ordenamiento jurídico español y ampliación del concepto de defensa nacional	26
2.3. <i>Derecho de la Unión Europea</i>	31
2.3.1. El Tratado de la Unión Europea.....	31
2.3.2. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.....	33
2.4. <i>El Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos</i>	36
CAPÍTULO 2. EL ARTÍCULO 63 DE LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL JURÍDICO DE LA PARTICIPACIÓN EN CONFLICTOS ARMADOS	43
1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: INTERPRETACIONES DEL ART. 63.3 CE.....	44
2. EFICACIA JURÍDICA DEL ART. 63.3 CE.....	47
3. MÉTODOS INTERPRETATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN AL ART. 63.3 CE.....	50
3.1. <i>Interpretación literal</i>	51
3.2. <i>Interpretación en el contexto: el art. 63.3 CE como una pieza del Estado democrático de Derecho</i>	51
3.3. <i>Antecedentes históricos y legislativos. En especial, la Carta de las Naciones Unidas</i> . 53	
3.4. <i>La interpretación de la Constitución conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada</i>	55
3.5. <i>Interpretación teleológica</i>	56
3.6. <i>Interpretación valorativa</i>	57
4. INTERPRETACIÓN PROPUESTA DEL ART. 63.3 CE.....	57
4.1. <i>Intervenciones armadas autorizadas por el Consejo de Seguridad de la ONU</i>	58
4.2. <i>Legítima defensa</i>	65
4.2.1. Legítima defensa individual	65
4.2.2. Legítima defensa colectiva	67

4.3. Actos de agresión: intervenciones armadas que no suponen el ejercicio del derecho de legítima defensa y que tampoco son autorizadas por el Consejo de Seguridad	70
4.3.1. Legítima defensa preventiva	71
4.3.2. Intervenciones armadas “humanitarias”	73
4.3.3. Intervenciones expansionistas de la OTAN y de la UE.....	74
5. RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EL ART. 63.3 CE Y EL ART. 17 LODN	76
6. ¿EL APOYO LOGÍSTICO Y EL APOYO POLÍTICO PUEDEN CONSIDERARSE COMO PARTICIPACIÓN EN UNA GUERRA? EL PROBLEMA DE LA INTENSIDAD DEL ATAQUE ARMADO	79

CAPÍTULO 3. EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR LA GUERRA COMO PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA PARTICIPACIÓN EN CONFLICTOS ARMADOS 82

1. LA COMPETENCIA DEL REY PARA DECLARAR LA GUERRA EN EL MARCO DE LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA	82
2. INICIATIVA DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO	86
3. AUTORIZACIÓN DE LAS CORTES GENERALES	89
4. FIRMA POR EL REY	90
5. CONCLUSIÓN: LA DECISIÓN DE PARTICIPAR EN UN CONFLICTO ARMADO (O DECLARACIÓN DE GUERRA) COMO ACTO DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO	91
6. REQUISITOS FORMALES DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA.....	91

CAPÍTULO 4. LA DECISIÓN DE PARTICIPAR EN UN CONFLICTO ARMADO (O DECLARACIÓN DE GUERRA) COMO ACTO POLÍTICO.....93

1. LA DEFENSA NACIONAL Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES: ÁMBITOS TRADICIONALES DE LOS ACTOS POLÍTICOS	93
2. ELEMENTOS DEL ACTO POLÍTICO DE PARTICIPAR EN UN CONFLICTO ARMADO QUE PUEDEN SER CONTROLADOS POR LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS.....	102
3. ¿PUEDEN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES CONTROLAR LA LEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD?.....	110

CAPÍTULO 5. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA PARTICIPACIÓN EN UN CONFLICTO ARMADO 113

1. EL CONTROL DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	113
1.1. Supuesto anormal: autorización previa de las Cortes Generales.....	113
1.2. Supuesto normal: intervención material sin previa autorización de las Cortes Generales (vía de hecho)	114
1.2.1. La participación en conflictos armados sin previa declaración de guerra como vía de hecho gubernativa.....	114
1.2.2. Actos del Gobierno y vías de hecho.....	116
1.2.3. Tipo de recurso que se puede interponer frente al envío de tropas sin cumplir los trámites del art. 63.3 CE	118
2. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECURSO	119

3. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR	120
3.1. <i>La legitimación en el orden contencioso-administrativo</i>	120
3.2. <i>La participación en conflictos armados como interés difuso</i>	124
3.3. <i>Supuestos de legitimación frente a la declaración de guerra</i>	125
4. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES	136
5. CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	139
5.1. <i>Recurso de amparo constitucional</i>	140
5.2. <i>Conflicto de competencias entre órganos constitucionales</i>	140
CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS. LA PARTICIPACIÓN EN CONFLICTOS ARMADOS: UNA ZONA DE SOMBRA EN NUESTRO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	142
1. INTERPRETACIÓN PROPUESTA DEL ART. 63.3 CE.....	142
2. LA DECLARACIÓN DE GUERRA EN SU CONTEXTO POLÍTICO Y ESTRATÉGICO: LA DEFENSA Y LOS CONFLICTOS DEL SIGLO XXI	143
3. LA NO SUJECCIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL A LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO DE DERECHO	148
4. LA DEFENSA, UN ÁMBITO ESCASAMENTE DEMOCRÁTICO	150
5. ¿CONSEGUIRÁ IMPONERSE LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA?.....	152
BIBLIOGRAFÍA CITADA	154

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Az.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución española de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
FJ	fundamento jurídico o de derecho
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LODN	Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional
LODNOM	Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOTCC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
pág.	página
pp.	páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En 1945, concluida la Segunda Guerra Mundial, los Estados integrantes de las Naciones Unidas proclamaron solemnemente su intención de «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra» (preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas). Para alcanzar ese objetivo, la Carta prohíbe expresamente el recurso «a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado» (art. 2.4).

Pese a ello, durante la segunda mitad del siglo XX y los comienzos del siglo XXI, la guerra ha sido y sigue siendo un hecho histórico habitual¹. Durante la guerra fría, aunque no llegó a producirse una guerra nuclear entre las dos superpotencias hegemónicas, fueron continuos los conflictos armados en la “periferia” de los dos bloques. Concluida la guerra fría, no sólo se mantienen los conflictos en la periferia, sino que los Estados del Norte rico, bajo la iniciativa de Estados Unidos, están utilizando la guerra como un instrumento más de su política internacional, como un medio de lograr sus objetivos geoestratégicos. Así se ha puesto de manifiesto en la Guerra del Golfo de 1991, los bombardeos de la OTAN contra Serbia en 1999, la Guerra de Afganistán en 2001 y la segunda Guerra del Golfo de 2003. Conflictos bélicos en los que, de una manera más o menos directa, ha participado el Estado español y las fuerzas armadas españolas.

La participación del Estado español en estos conflictos armados ha encontrado siempre el rechazo de los ciudadanos y ciudadanas, rechazo que resultó abrumador contra la guerra de Irak de 2003. Pese a ello, los gobiernos de turno no han tenido problemas en adoptar las decisiones que han considerado oportunas, incluso en abierta contradicción con la regulación del derecho internacional como sucedió en los bombardeos de la OTAN sobre Serbia o en la segunda guerra de Irak.

¹ Así, durante el año 2004 se mantuvieron activos 19 conflictos armados importantes en 17 lugares de todo el mundo. En África: en Argelia, Burundi, Ruanda, Sudán y Uganda; en América: en Colombia, Perú y Estados Unidos; en Asia: en la India, Myanmar, Nepal, Filipinas y Sri Lanka; en Europa: en Rusia; y en Oriente Medio: en Irak, Israel y Turquía. Véase Lotta HARBOM y Meter WALLENSTEEN: 2005, 121-133. Sólo se tienen en cuenta los conflictos armados importantes (*major armed conflicts*), que se definen como una contienda sobre el gobierno y/o el territorio en la que se emplea la fuerza armada entre las fuerzas militares de dos grupos, una de las cuales es el gobierno de un Estado y que ha dado lugar al menos mil muertes al año en acciones de combate (pág. 134).

Aunque se suele utilizar la Carta de las Naciones Unidas para legitimar o criticar estas intervenciones militares, parece como si el derecho no desplegara ninguna fuerza obligatoria en esta materia. Como si no existiera ninguna norma de derecho español que regulase la participación en conflictos armados. Y lo cierto es que esa norma existe. Es, ni más ni menos, la Constitución española de 1978, cuyo artículo 63.3 establece claramente que «Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz». Sin embargo, el artículo 63.3 de la Constitución se ha convertido de hecho en papel mojado, en una norma ineficaz en la práctica. Ningún Gobierno (del Partido Socialista Obrero Español o del Partido Popular) ha sometido a la votación de las Cortes y a la firma del Rey la participación en un conflicto armado.

Recientemente, ha sido aprobada la Ley Orgánica 5/2005 de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Esta ley exige la autorización previa del Congreso de los Diputados para ordenar «operaciones [de las Fuerzas Armadas] en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional» (art. 17.1). Como veremos, la aplicación de esta exigencia resulta problemática.

En relación con la participación en conflictos armados ha surgido así una *zona de inmunidad del poder*, que no se somete en la práctica a ningún requisito legal. La Ley Orgánica de la Defensa Nacional mantiene esta zona de inmunidad del poder, al menos frente a las operaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior que estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés general. La existencia de este ámbito de inmunidad del poder merece, en mi opinión, una profunda crítica desde un punto de vista jurídico. Eso es lo que pretendo hacer en este trabajo, analizando los parámetros jurídicos a los que se encuentra sometida la participación en conflictos armados por parte del Estado español.

En última instancia, trato de hacer efectivas las exigencias del Estado democrático de Derecho a las decisiones estatales que suponen la participación en conflictos armados, un ámbito que conforma una de las zonas de sombra más oscuras de nuestro sistema constitucional. Considero que nuestro ordenamiento jurídico aporta elementos suficientes para llevar a cabo un control jurídico de cierta intensidad sobre dichas decisiones. Esa es la cuestión central que planteo en este libro: cuáles son los requisitos jurídicos a los que se encuentra sometida la participación de España en conflictos armados. Entiendo que el art. 63.3 CE debe aplicarse siempre que el Estado español pretenda participar en un conflicto bélico internacional.

Adopto, como perspectiva de análisis, el punto de vista interno al ordenamiento jurídico español. Lo que no significa que no tenga en cuenta los elementos del derecho internacional: la Carta de las Naciones Unidas, el Tratado del Atlántico Norte, el derecho de la Unión Europea, y el Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos. El derecho internacional aporta importantes elementos para controlar desde el ordenamiento español la participación en guerras por parte del ejército español. Elementos que considero que pueden vincularse con las técnicas de control de las decisiones del poder público recogidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En cualquier caso, no debe olvidarse que España no mantiene una política militar autónoma, sino que se encuentra fuertemente influida por sus alianzas bélicas.

La estructura del trabajo es bastante sencilla. Comienzo por señalar, en el capítulo 1, el marco normativo al que se encuentra sometida la declaración de guerra. Este capítulo es fundamentalmente descriptivo. En él me limito a señalar en qué normas se hace referencia a la guerra en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho internacional. En el capítulo segundo, abordo la interpretación del artículo 63.3 de la Constitución española. En este capítulo se contiene el núcleo de este libro, donde propongo una interpretación de la función de la declaración de guerra que pivota sobre la Carta de las Naciones Unidas y sobre las competencias del Consejo de Seguridad de la ONU, pero que también tiene en cuenta las exigencias de control del poder público en la Constitución española. En el tercer capítulo, estudio el procedimiento que, según nuestro derecho, debería seguirse para participar en un conflicto armado. En el cuarto capítulo, analizo el carácter del acto de declaración de guerra desde nuestro derecho interno, lo que tendrá consecuencias posteriormente para analizar su impugnación ante los tribunales. El último capítulo trata el control de legalidad de las declaraciones de guerra y la posibilidad de acudir ante los tribunales del orden contencioso-administrativo. El problema real es cómo controlar jurídicamente la participación en conflictos armados sin la autorización previa de las Cortes Generales como exige el art. 63.3 CE.

Mi intención es que este trabajo sirva para deslegitimar el discurso de la guerra, aunque sea únicamente en el campo jurídico. Porque creo que la lucha contra la guerra

también se juega dentro de este ámbito. Las guerras «se preparan a conciencia»²; y uno de los sectores en el que se preparan es en el campo del derecho. Doctrinas como la legítima defensa preventiva o la injerencia humanitaria pretenden otorgar legitimidad al discurso de la guerra. Confío en que esta lucha en el campo jurídico también ayude a la lucha de las personas que trabajan para deslegitimar la guerra.

Me gusta pensar que este libro no termina con las páginas que tienes entre las manos. Mi intención es mejorar su contenido en una segunda edición con las sugerencias y críticas al texto aquí recogido. Sugerencias y críticas que me puedes enviar a la dirección de correo electrónico *eduardo.melero@uam.es*. Espero, querido lector o lectora, que su lectura te resulte sugerente.

He discutido los aspectos más polémicos de este trabajo con mis compañeras y compañeros del «Grupo de Estudios Críticos – La Undécima Tesis»; ellos, que me incitan a ir un poco más allá, son mi verdadera comunidad científica. Quiero concluir agradeciéndole a la editorial Dykinson y, en especial, a Rafael Tígeras la publicación de un libro de un tema tan poco comercial como éste y por haber acogido mi sugerencia de incluir una licencia copyleft. Si he podido escribir este libro ha sido gracias al trabajo de la sociedad en su conjunto, justo es, por tanto, que este libro circule libremente y que así pueda disfrutarse socialmente.

² Arcadi OLIVERES: 2000, 11, señala que «las guerras se preparan a conciencia mediante la creación de bloques militares, la instrucción de profesionales, el gasto en defensa de los presupuestos públicos, la investigación de nuevos instrumentos mortíferos, la fabricación y la venta de armas, etc.». Recoge la misma idea Luigi FERRAJOLI: 2003a, 224, al afirmar que «el derecho y la democracia, la paz y la guerra son fenómenos humanos y dependen de elecciones políticas».

CAPÍTULO 1. EL MARCO JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA

Antes de analizar los problemas jurídicos que plantea la interpretación del art. 63.3 CE, cuestión que abordaré en el capítulo segundo, conviene delimitar el marco jurídico de la declaración de guerra tanto en nuestro ordenamiento como en el derecho internacional.

1. Derecho español

La Constitución, norma superior de nuestro ordenamiento jurídico, establece en su artículo 63.3 que:

«Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz».

También se hace referencia a la guerra en el art. 15 CE («Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para *tiempos de guerra*»³) y en el art. 169 CE («No podrá iniciarse la reforma constitucional en *tiempo de guerra* o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116 [los estados de alarma, excepción y sitio]»). Tanto el art. 15 CE, como el art. 116 CE, establecen determinadas consecuencias aplicables en tiempo de guerra, pero no incluyen una definición de guerra ni desarrollan la regulación de su declaración. De manera que la Constitución española no determina qué tipo de intervenciones militares requieren una autorización previa conforme al art. 63.3.

La ausencia de una definición constitucional de guerra no ha sido subsanada por la legislación. Entre la normativa de desarrollo constitucional, hay que destacar la Ley

³ La Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra (BOE de 28 de noviembre), establece en su art. 1 que «Queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra».

Téngase en cuenta, además, que el art. 2 del Protocolo nº 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas establece que «Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra». Precepto que, por remisión, forma parte del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales, artículo 2. Derecho a la vida).

Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN). El art. 3 LODN se limita a señalar que «Corresponden al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas y las demás funciones que en materia de defensa le confiere la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». Por su parte, el art. 4.1.e) LODN establece que a las Cortes Generales les corresponde «Acordar la autorización a que se refiere el artículo 63.3 de la Constitución». La LODN, por tanto, se remite a la regulación contenida en el art. 63.3 CE sin introducir ningún elemento nuevo, ni plantear una definición expresa de qué es la guerra a efectos de dicho artículo⁴. Por tanto, la LODN no ha desarrollado los requisitos y condiciones en que ha de aplicarse el art. 63.3 de la Constitución. Tampoco incluye una definición de guerra, palabra que no se menciona en su articulado y que se sustituye por las expresiones «operaciones militares en caso de uso de la fuerza» (art. 6.1 LODN); «conflictos armados» (art. 8.3 y art. 22.2 LODN) y «conflicto bélico» (art. 28 LODN)⁵.

La novedad que introduce la LODN es que el Congreso de los Diputados debe autorizar, con carácter previo, «la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional» (art. 4.2 LODN). El art. 17.1 LODN limita esta autorización del Congreso de los Diputados a las «operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional».

Estas operaciones deben cumplir las siguientes condiciones (art. 19 LODN): a) que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen, o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o acordadas en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte, en el marco de sus respectivas competencias; b) que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones; y c) que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los

⁴ La regulación era prácticamente idéntica en la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y de la organización militar (LODNOM); modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero. Según el art. 5 LODNOM: «Corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas, y en las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas». El art. 6 LODNOM establecía que «Las Cortes Generales otorgan las autorizaciones previstas en el artículo 63.3 de la Constitución».

⁵ La única vez que la LODN utiliza la palabra guerra es en la exposición de motivos, para afirmar que «Disminuyen las *guerras* de tipo convencional, pero proliferan conflictos armados que, tanto por sus causas como por sus efectos, tienen implicaciones notables más allá del lugar en donde se producen».

principios del derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución.

La regulación contenida en el Código Penal mantiene la situación de déficit de desne c65(d)10.6383(é)-2.80762(f)-7.42551f196

del Estado hasta el día 28 de noviembre de 1990. Por tanto, la Carta forma parte del ordenamiento jurídico español, es obligatoria para los poderes públicos de nuestro Estado en virtud del art. 96.1 CE.

La Carta de Naciones Unidas se basa en tres elementos fundamentales: (1) La prohibición de la amenaza o uso de la fuerza por parte de los Estados, salvo en caso de legítima defensa, (2) la obligación de que las controversias internacionales se resuelvan por medios pacíficos y (3) la implantación de un sistema de seguridad colectiva dentro de la Organización de las Naciones Unidas⁹.

2.1.1. La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza

La prohibición de la amenaza o uso de la fuerza se recoge en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas:

«Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

La prohibición del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales se considera como un principio que debe cumplirse necesaria e imperativamente (*ius cogens* o derecho imperativo)¹⁰. Esta prohibición es «*absoluta*, salvo en los casos *permitidos* por el propio sistema de la Carta»¹¹. Se trata además de un principio de carácter tanto convencional como consuetudinario.

Lo que prohíbe el art. 2.4 de la Carta es el empleo de la fuerza armada, o su amenaza; pero sí están permitidas las represalias económicas o políticas¹². La

⁹ Hacen referencia a estos tres elementos fundamentales Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 891.

¹⁰ Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 907; José A. PASTOR RIDRUEJO: 2003, 606.

¹¹ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 894. Por su parte, Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 36, puntualiza que «no hay que olvidar que la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza constituye una norma de *ius cogens* que, consecuentemente, no admite una derogación particular».

¹² Véase José A. PASTOR RIDRUEJO: 2003, 606-607.

prohibición afecta a las relaciones internacionales, pero no a los conflictos armados dentro de un Estado¹³.

El principio de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza ha sido desarrollado en la Resolución 2695 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, «Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas». Esta Resolución enumera acciones o comportamientos particulares que resultan contrarios al principio de prohibición del uso o amenaza de la fuerza.

La Resolución 3314 (XXIX), de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, contiene la definición de la agresión (ver art. 1 y art. 3). Son actos de agresión, según el art. 3 de la Resolución 3314 (aunque dicha enumeración no es una lista cerrada):

- «a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él.
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado.
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado.
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea.
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo.
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar

¹³ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 892, señalan que «los conflictos armados en el interior de un Estado quedan, en principio, excluidos de este propósito y comprendidos en el artículo 2.7 de la Carta a título de asunto de la jurisdicción interna de dicho Estado» (véase también pág. 893).

un acto de agresión contra un tercer Estado.

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos».

2.1.2. El derecho de legítima defensa

El principio de prohibición del uso o amenaza de la fuerza, tiene dos importantes excepciones: la legítima defensa individual o colectiva (art. 51 de la Carta) y la posibilidad de que el Consejo de Seguridad adopte medidas que supongan el uso de la fuerza en virtud del Capítulo VII de la Carta¹⁴.

El derecho de legítima defensa está reconocido en la Carta de las Naciones Unidas (art. 51) en los siguientes términos:

«Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la Seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

El ejercicio de la legítima defensa se encuentra sometido a ciertos límites y condiciones, aunque debe tenerse en cuenta que se trata de una institución de «perfiles

¹⁴ El art. 107 de la Carta de las Naciones Unidas recoge otra excepción que ha dejado de tener vigencia. Según este artículo «Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la segunda guerra mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción». Este artículo, pensado frente a un posible resurgir del militarismo alemán o japonés, ha quedado en desuso, véase José A. PASTOR RIDRUEJO: 2003, 609.

borrosos»¹⁵. La legítima defensa se produce en respuesta a un ataque armado y esta respuesta ha de ser inmediata, proporcional, necesaria y provisional¹⁶. La inmediatez exige que la legítima defensa se limite a repeler un ataque en curso¹⁷. Debe existir una relación de proporcionalidad entre el ataque armado y la respuesta del Estado agredido¹⁸. Y ha de ser una respuesta provisional, hasta que el Consejo de Seguridad adopte las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales.

Sólo se admite la legítima defensa frente a ataques armados. Pero no está reconocida la llamada «legítima defensa preventiva», que permitiría a los Estados reaccionar frente a la posibilidad de sufrir un ataque armado previsible e inminente, pero que aún no se ha producido¹⁹.

La Carta (art. 51) reconoce tanto el derecho a la legítima defensa individual como colectiva, estando sometidas ambas a los mismos requisitos²⁰. El reconocimiento de la legítima defensa colectiva ha otorgado base jurídica a las alianzas militares como la OTAN; así el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte se refiere expresamente al art. 51 de la Carta.

¹⁵ Javier A. GONZÁLEZ VEGA: 2001, 248 y 257.

¹⁶ José A. PASTOR RIDRUEJO: 2003, 611; en un sentido similar Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 900-902.

¹⁷ Javier A. GONZÁLEZ VEGA: 2001, 251-252, se refiere a la flexibilización del requisito de la inmediatez, de manera que se entiende que la inmediatez existe mientras se prepara la defensa, con el límite de que no puede convertirse en represalia. De manera similar, Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 2003, 192, también considera que la preparación de la defensa forma parte de la inmediatez de la defensa, siempre que se cumplan los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

¹⁸ Javier A. GONZÁLEZ VEGA: 2001, 257.

¹⁹ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS⁷⁶.

2.1.3. El sistema de seguridad colectiva de la Organización de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas, además de prohibir el uso y amenaza de la fuerza, ha establecido un mecanismo para reaccionar ante los incumplimientos de dicha prohibición. La Carta de las Naciones Unidas atribuye el monopolio del uso de la fuerza al sistema de seguridad colectiva regulado en el Capítulo VII de la Carta (arts. 39 a 51), sistema en el que el Consejo de Seguridad ejerce un papel fundamental.

El Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas se titula «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión». Es el Consejo de Seguridad el que determina «la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión» (art. 39 de la Carta)²¹. Las medidas que puede adoptar el Consejo se establecen, en principio, de forma gradual.

En primer lugar, el Consejo de Seguridad puede adoptar «medidas provisionales» a fin de evitar que la situación se agrave; medidas provisionales que «no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas» (art. 40 de la Carta). Posteriormente, el Consejo puede hacer recomendaciones o decidir medidas (art. 39 de la Carta). Algunas medidas no implican el uso de la fuerza armada, entre las que se encuentran «la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas» (art. 41 de la Carta). Aunque el Consejo también puede adoptar medidas que impliquen el uso de la fuerza siempre que el Consejo estime «que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo» (art. 42 de la Carta). Este tipo de acciones «podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas» (art. 42 de la Carta).

Las medidas que implican el uso de la fuerza armada pueden ser ejercidas directamente por el Consejo de Seguridad. En este sentido, la Carta prevé la posibilidad de que los Estados miembros de Naciones Unidas pongan sus fuerzas armadas a

²¹ Romualdo BERMEJO GARCÍA: 1999, 5-6, alude a que la interpretación del concepto «amenaza a la paz» del art. 39 de la Carta no sólo es jurídica, sino también política. Por su parte, Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 911, señalan que la Carta no define agresión y la Resolución 3314 (XXIX) otorga al Consejo las más amplias competencias en orden a su calificación.

disposición del Consejo de Seguridad, en virtud de un convenio especial (art. 43.1 de la Carta). Para aplicar medidas coercitivas, el Consejo de Seguridad también puede servirse de los «acuerdos u organismos regionales», regulados en el capítulo VIII de la Carta²², organismos que actuarán bajo la autoridad del Consejo (art. 53.1 de la Carta).

Doctrinalmente se ha entendido que dentro de los «acuerdos u organismos regionales» regulados en el capítulo VIII de la Carta pueden incluirse las organizaciones de legítima defensa colectiva, como la OTAN. La práctica de Naciones Unidas admite esta posibilidad, que no se cuestiona cuando es el Consejo de Seguridad quien así lo acuerda²³. En cualquier caso, para que estos acuerdos u organismos regionales puedan adoptar medidas que impliquen el uso de la fuerza es necesaria una autorización explícita del Consejo de Seguridad²⁴.

2.2. Tratado del Atlántico Norte

2.2.1. El contenido del Tratado del Atlántico Norte

El Tratado del Atlántico Norte, firmado en Washington, el 4 de abril de 1949, incluye diversos contenidos: la obligación de que los Estados miembros solucionen sus conflictos internacionales por medios pacíficos y se abstengan de recurrir a la fuerza o a su amenaza (art. 1), la búsqueda de colaboración económica (art. 2), o la obligación de no asumir compromisos internacionales que contradigan el Tratado del Atlántico Norte (art. 8). Su contenido más importante se concreta en tres obligaciones: (1) la obligación de mantener e incrementar la capacidad individual y colectiva de resistencia a un ataque armado, art. 3; (2) la obligación de iniciar consultas en caso de amenaza a la integridad territorial, a la independencia política o a la seguridad de una de las partes, art. 4; y (3) la obligación de asistir individual y colectivamente al Estado miembro atacado, art. 5.

²² Según el art. 52.1 de la Carta «Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas».

²³ Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 25-26.

²⁴ Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 32, opina que «el sistema de seguridad colectiva instaurado en la Carta de las UN requiere que la adopción de cualquier medida que implique el uso de la fuerza vaya precedida de una autorización explícita del Consejo de Seguridad, tanto en el marco del capítulo VII como en virtud del capítulo VIII, dado que no constituyen dos excepciones autónomas a la prohibición del uso de la fuerza, sino dos modos de articular un mismo sistema».

Con base en estas tres obligaciones se ha calificado a la OTAN como un «pacto multilateral de ayuda mutua»²⁵.

A efectos de este trabajo, la obligación más importante se recoge en el art. 5, donde también queda patente la prevalencia de la Carta de las Naciones Unidas²⁶:

«Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y en consecuencia acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte.

Todo ataque armado de esta naturaleza y toda medida adoptada en consecuencia se pondrán inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales».

Con base en esta obligación se ha señalado que el Tratado del Atlántico Norte es un tratado de defensa mutua a través del cual se articula el derecho de legítima defensa;

²⁵ Araceli MANGAS MARTÍN: 1983, 26. Sobre el contenido de las obligaciones del Tratado del Atlántico Norte, véase págs. 26-28.

²⁶ El Tratado del Atlántico Norte reconoce expresamente su subordinación a la Carta de las Naciones Unidas, especialmente en sus arts. 1 y 7. Según el art. 1: «Las Partes se comprometen, *tal y como está establecido en la Carta de las Naciones Unidas*, a resolver por medios pacíficos cualquier controversia internacional en la que pudieran verse implicadas, de modo que la paz y la seguridad internacionales, así como la justicia, no se pongan en peligro, y a abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en cualquier forma que sea incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas». El art. 7 establece que: «*El presente Tratado no afecta ni se podrá interpretar que afecte de modo alguno, a los derechos y obligaciones derivados de la Carta para las Partes que son miembros de las Naciones Unidas*, ni a la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales».

Conviene tener en cuenta que el Tratado del Atlántico Norte no puede llegar a contravenir lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas. Las obligaciones de la Carta se imponen frente a cualesquiera otras convenidas; así se establece en el art. 103 de la Carta: «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta». Esta prevalencia ha sido establecida con carácter general por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 30.1; argumento señalado por Antonio REMIRO BROTONS: 1999a, 17.

en este sentido se ha calificado como un «prototípico pacto de legítima defensa colectiva»²⁷, o como «una alianza político-militar con fundamento en el artículo 51 de la Carta»²⁸.

Se ha señalado que la celebración de este tipo de tratados «convierte el *derecho* de legítima defensa en una *obligación*»²⁹. Habrá que estar, sin embargo, al texto del Tratado del Atlántico Norte para determinar de qué forma concreta debe cumplirse dicha obligación. Y el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte establece que, en caso de ataque armado contra uno o varios Estados miembros de la OTAN, cada Estado miembro adoptará «*las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada*». Lo que significa que cada Estado miembro, en caso de ataque a la OTAN, es totalmente libre a la hora de decidir qué tipo de medidas adoptará para ayudar a la parte atacada. Así lo interpreta la doctrina y así se tuvo en cuenta en el momento de autorizar el ingreso de España en la Alianza Atlántica³⁰.

2.2.2. El Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de 1999

Esto en cuanto al tenor literal del Tratado del Atlántico Norte, que configura a la OTAN como una «*alianza defensiva*»³¹. En la práctica, la OTAN está mostrando una

²⁷ Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 17.

²⁸ Antonio REMIRO BROTONS: 1999b, 25.

²⁹ Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 920. También Antonio REMIRO BROTONS: 1999b, 28.

³⁰ He analizado la forma en que se concreta la obligación de asistencia mutua en caso de agresión establecida en el Tratado del Atlántico Norte en el capítulo 2, epígrafe 4.2.2.

Véase también el Dictamen del Consejo de Estado sobre la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte a consulta del Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores, de 27 de agosto de 1981 (apartado 2. Consideraciones. 2.2. Naturaleza del Tratado del Atlántico Norte); citado en la nota siguiente.

³¹ Éste es el calificativo que le otorga el Consejo de Estado: «las obligaciones propiamente defensivas que asumen las partes son las contenidas en los artículos 3, 4, 5 y 6 como complementario del anterior, que establecen entre las partes una *alianza defensiva*, cuyo *casus foederis* se produce ante un ataque armado a cualquiera de las partes, obligándose entonces los signatarios a prestar asistencia a la parte agredida, pero sin que se impongan las medidas en que tal asistencia ha de consistir, quedando al criterio de cada parte el adoptar la acción que juzgue necesaria, incluso el empleo de la fuerza armada. Este carácter defensivo de la Alianza se comprende cabalmente, sin necesidad de recordar las motivaciones de política internacional que llevaron a su creación, con la consideración jurídica del texto, donde basta cotejar su preámbulo y la mayor parte del articulado (artículos 1, 2, 5, 7 y 12, entre otros) para encontrar constantes referencias a la Carta de las Naciones Unidas y sobre todo, los artículos 3 y 5, al hablar el primero de “*resistencia a un ataque armado*” y el segundo, precisamente, al describir el *casus foederis* requiere un previo “ataque armado” para que se pongan en marcha las medidas de asistencia que se consideran, por tanto, “*ejercicio de derecho de legítima defensa, individual y colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas*”». Dictamen del Consejo de Estado sobre la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte a consulta del Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores, de 27

clara *vocación expansionista* que va más allá de lo establecido en el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte. Esta *vocación expansionista* se manifiesta claramente en el «nuevo Concepto Estratégico de la Alianza», aprobado en Washington por los Jefes de Estado y de Gobierno que participaron en la reunión del Consejo del Atlántico Norte celebrada los días 23 y 24 de abril de 1999³². El Nuevo Concepto Estratégico es un documento «de naturaleza política»³³. Sin embargo, está modificando en la práctica el contenido del Tratado del Atlántico Norte³⁴.

La vocación expansionista de la OTAN se muestra en una doble dimensión: (1) en las misiones asignadas y (2) en el ámbito geográfico de estas misiones. En este sentido, Antonio REMIRO BROTONS ha hecho referencia a «la notable expansión sin definición del área operativa de la Alianza cuyo efecto se multiplica por el número y variedad de misiones que se atribuye»³⁵.

En cuanto al primer aspecto, la vocación de la OTAN es no limitarse a ser una organización regional para el ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva. El apartado 24 del Nuevo Concepto Estratégico lo reconoce así:

«Todo ataque armado contra el territorio de los aliados, venga de donde viniere estaría amparado por los artículos 5 y 6 del Tratado de Washington [el Tratado del Atlántico Norte]. Sin embargo, también debe contemplarse la seguridad de la Alianza en un contexto global. Los intereses de seguridad de la Alianza pueden verse afectados por riesgos distintos de carácter más general, en particular por actos de terrorismo, de sabotaje o de delincuencia organizada y por la perturbación del flujo de recursos vitales. Asimismo pueden plantear problemas para la seguridad y la estabilidad que afecten a la

de agosto de 1981 (apartado 2. Consideraciones. 2.2. Naturaleza del Tratado del Atlántico Norte; puede consultarse en C. ARENAL MOYÚA y F. ALDECOA LIZÁRRAGA: 1986, 38-39).

³² Puede consultarse en *Revista de la OTAN*, verano de 1999, pp. 41-47 (la *Revista de la OTAN* se encuentra disponible en la página web http://www.nato.int/docu/review/previous/previous_sp.html). El Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN también se encuentra en el *Libro Blanco de la Defensa 2000*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pp. 237-250; y en Antonio FERNÁNDEZ TOMÁS: *Derecho Internacional Público. Casos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 571-585.

³³ Antonio REMIRO BROTONS: 1999b, 46. Por su parte, Paz ANDRÉS SÁENZ: 2003, 206, califica al Nuevo Concepto Estratégico de la Alianza Atlántica como uno de los «compromisos políticos de más que dudoso valor jurídico».

³⁴ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 922, señalan que el Nuevo Concepto Estratégico modifica de hecho el Tratado del Atlántico Norte en cuanto a la subordinación al Consejo de Seguridad y al ámbito territorial de actuación. Por su parte, Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2000, 131-132, considera que modifica las funciones y objetivos de la OTAN, dejando abierta la posibilidad de intervenir militarmente sin tener en cuenta al Consejo de Seguridad de la ONU.

³⁵ Antonio REMIRO BROTONS: 1999b, 47.

Alianza los grandes movimientos incontrolados de población, en particular los resultantes de los conflictos armados».

En esta línea, la OTAN asume como objetivo la intervención en «operaciones de respuesta a las crisis no contempladas en el artículo 5» del Tratado del Atlántico Norte³⁶. Como se señala en el apartado 31, dentro de ellas se pueden incluir las «operaciones de mantenimiento de la paz y otras operaciones desarrolladas bajo la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones o bajo la responsabilidad de la OSCE, incluso poniendo a su disposición los recursos y la tecnología de la Alianza». Pero también pueden suponer, como sucedió en los bombardeos sobre Serbia de 1999, el uso de la fuerza militar de la OTAN en operaciones que no cuentan con la autorización del Consejo de Seguridad. Dicho en otras palabras, en operaciones que vulneran la legalidad internacional, que constituyen actos de agresión.

Muy relacionado con la ampliación de misiones se encuentra el ámbito geográfico en que éstas se desarrollan. La vocación es no limitar el ámbito de actuación de la OTAN al territorio al que se ciñen los arts. 5 y 6 del Tratado del Atlántico Norte. El art. 5 del Tratado del Atlántico Norte, como hemos visto, realiza una alusión genérica a Europa y a América del Norte, alusión que es especificada en el art. 6, según el cual:

«A efectos del artículo 5 se considera ataque armado contra una o varias de las Partes: un ataque armado contra el territorio de cualquiera de las Partes en Europa o en América del Norte, contra los departamentos franceses de Argelia, contra las fuerzas de ocupación de cualquiera de las Partes en Europa, contra las islas bajo jurisdicción de cualquiera de las Partes en la región del Atlántico Norte al Norte del trópico de Cáncer o contra los buques o aeronaves de cualquiera de las Partes en la citada región».

El Nuevo Concepto Estratégico menciona que «las fuerzas de la Alianza pueden verse obligadas a operar fuera de las fronteras de la OTAN» (apartado 56), y se reconoce expresamente la «iniciación y el sostenimiento de operaciones fuera del

³⁶ Esta expresión aparece en los apartados 29, 31, 41, 43, 47, 49, 53.c), 54, y 61. En el apartado 41 se señala que los Estados miembros de la OTAN «deben estar dispuestos (...) a realizar operaciones de respuesta a las crisis no previstas en el artículo 5». En la misma línea, el apartado 49 menciona que «Algunas operaciones de respuesta a crisis que no estén contempladas en el artículo 5 pueden comportar tantas exigencias como ciertas misiones de defensa colectiva».

territorio de los aliados». El Nuevo Concepto Estratégico puede llegar a suponer en la práctica «una ampliación del marco de actuación de la OTAN a todo el planeta»³⁷.

De este modo, se ha producido una importantísima transformación en los objetivos y fines de la Alianza Atlántica, que ahora puede actuar fuera de área y más allá de la legítima defensa³⁸. Transformación que se ha llevado a cabo sin modificar el tenor literal del Tratado del Atlántico Norte³⁹. Así, se ha señalado que el Nuevo Concepto Estratégico «modifica el marco geográfico de actuación, la función básicamente defensiva e incluso la relación con el Consejo de Seguridad que se encuentran en el Tratado fundacional [el Tratado del Atlántico Norte]»⁴⁰. El Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN es incompatible con la regulación sobre el uso de la fuerza que establece la Carta de las Naciones Unidas e, incluso, puede ser contrario al Tratado del Atlántico Norte⁴¹.

2.2.3. Influencia del Nuevo Concepto Estratégico en el ordenamiento jurídico español y ampliación del concepto de defensa nacional

En mi opinión, existe un claro paralelismo entre el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN y la progresiva ampliación del concepto de defensa nacional que se está

³⁷ Consuelo RAMÓN CHORNET: 1999, 377. En sentido similar, Antonio Francisco FERNÁNDEZ TOMÁS: 2001, 223, señala que «el área geográfica de interés para la OTAN es ahora el mundo entero».

³⁸ Antonio Francisco FERNÁNDEZ TOMÁS: 2001, 216.

³⁹ Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 40-41; quien también señala que se ha ignorado la necesaria intervención de las Cortes españolas. Araceli MANGAS MARTÍN: 2005, 332, considera que supone «una *ampliación ilegal* de las misiones de la OTAN y una interpretación y *ampliación ilegal del art. 5* (la cláusula de ayuda mutua) [del Tratado del Atlántico Norte]».

⁴⁰ Consuelo RAMÓN CHORNET: 1999, 375, quien también alude a que «lo que no deja de sorprender es que no se plantee expresamente como prioridad inexcusable el utilizar dichas capacidades políticas y militares conforme a un escrupuloso respeto de las exigencias del Derecho, en este caso, el Derecho Internacional».

⁴¹ Juan Miguel ORTEGA TEROL: 2001, 52-53, señala cuatro problemas jurídicos en relación con el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN: (1) Su incompatibilidad con la regulación del uso de la fuerza de la Carta de las Naciones Unidas, ya que únicamente el Consejo de Seguridad puede decidir la adopción de medidas que impliquen el uso de la fuerza; por otra parte no forman parte del derecho de legítima defensa las operaciones no-artículo 5; (2) Sería conveniente hacer referencia al art. 103 de la Carta de Naciones Unidas y al art. 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados; (3) Las operaciones no-artículo 5 pueden ser contrarias al propio Tratado del Atlántico Norte ya que van más allá de las acciones de respuesta en legítima defensa, únicas previstas en el Tratado OTAN; y (4) El problema del control legislativo interno de la ampliación de tareas de la OTAN: «Así pues, desde el punto de vista español, parece difícil aceptar que la autorización parlamentaria, por la vía del art. 94.1 CE, concedida para la plena integración de España en la estructura de la Alianza, sirva a los efectos de amparar las innovaciones propuestas por la nueva concepción estratégica, por lo que estaríamos asistiendo a un[a] forma *sui generis* de burlar el control parlamentario, que tan delicado se ha mostrado en nuestra historia reciente precisamente con esta concreta cuestión» (pág. 53).

También ha señalado la incompatibilidad del Nuevo Concepto Estratégico con la Carta de las Naciones Unidas, Antonio REMIRO BROTONS: 1999b, 48-50 y 52.

produciendo en nuestro ordenamiento jurídico. Ampliación que no es tan “beligerante” como la llevada a cabo en la OTAN, pero que conviene resaltar porque pone de manifiesto que España no mantiene una política militar autónoma.

La influencia del Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN es patente en el *Libro Blanco de la Defensa 2000*, en el que se afirma expresamente que:

«España ha mantenido siempre, y así lo ha expresado el Gobierno en el Congreso de los Diputados el día 6 de octubre de 1998, que “todo uso internacional de la fuerza debe ser, en circunstancias normales, y salvo las situaciones de legítima defensa, autorizado previamente por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”. No obstante, en circunstancias apremiantes, en presencia o ante la inminencia de catástrofes humanas de grandes proporciones, el bloqueo del Consejo de Seguridad, el agotamiento de todas las vías diplomáticas y el continuado incumplimiento de sus Resoluciones no deberán impedir la determinación de la comunidad internacional para evitar tragedias humanitarias. En estas ocasiones, España podría considerar la oportunidad de utilizar la fuerza, de consenso o con acuerdo generalizado de los restantes socios y aliados en las organizaciones internacionales de seguridad y defensa a las que pertenecemos»⁴².

Por otra parte, la expansión del concepto de defensa nacional se ejemplifica en la derogada Directiva de Defensa Nacional 1/2000, del Presidente del Gobierno, según la cual la finalidad de la política de defensa era «dotar a España de un eficaz instrumento de disuasión, prevención y respuesta para garantizar de modo permanente su soberanía e

⁴² *Libro Blanco de la Defensa 2000*, pág. 62. En misma línea, en la pág. 39 del *Libro Blanco* se señala que «la legitimación para el empleo de la fuerza residirá en la comunidad internacional, a través de las organizaciones internacionales, muy especialmente de las Naciones Unidas, aunque en caso de bloqueo del Consejo de Seguridad, *la actuación bajo el principio de injerencia humanitaria podría llegar a constituir la respuesta de la comunidad internacional en los casos de flagrante violación de los derechos humanos*» (la cursiva es mía). Ha de tenerse en cuenta que el *Libro Blanco* muestra la visión de la defensa del anterior Gobierno del Partido Popular (pág. 26).

Jorge CARDONA LLORENS comenta, en relación con el *Libro Blanco de la Defensa* que: «Esta estrategia viene a enmarcarse en la doctrina que justifica el uso de la fuerza violando el artículo 42 de la Carta de Naciones Unidas con la excusa de la intervención humanitaria, aplicada ya en los casos de la primera guerra contra Irak y también en Kosovo, a las que se sumó España. Y en estos momentos, después de lo de Afganistán, (...), ya no es necesario que haya una catástrofe humanitaria a la que recurrir, sino que basta que se estén violando las resoluciones del Consejo de Seguridad para justificar el uso de la fuerza. Por lo tanto, en su opinión, el Libro Blanco de Defensa de 2000 supone una violación de la doctrina estratégica de la Carta de Naciones Unidas». Véase el artículo de Andrés LAGUNA: 2003, 6; que puede consultarse en la página web <http://www.pensamientocritico.org/andlag0303.htm>.

interdependencia, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, proteger la vida, la paz, la libertad y la prosperidad de los españoles y *los intereses nacionales allí donde se encuentren*»⁴³. Es decir, estarán justificadas las intervenciones militares de fuerzas armadas españolas en cualquier parte del planeta siempre que estén en juego intereses nacionales.

Expansión que también se manifiesta en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. Entre las funciones que se atribuyen al CNI en esta ley se encuentran: «Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los *intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España*, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional» (art. 4.a) Ley 11/2002). Estos son, pues, los intereses nacionales que podrán llegar a defenderse por medio de intervenciones militares.

El nuevo Gobierno, surgido de las elecciones del 14 de marzo de 2004, no ha adoptado en principio una actitud tan beligerante en esta materia como el anterior. Prueba de ello sería la nueva Directiva de Defensa Nacional 1/2004, de 30 de diciembre. La Directiva 1/2004 asume que la política exterior española respetará de forma estricta la legalidad internacional⁴⁴; y establece entre sus líneas generales a las que se ajustará la política de defensa (puntos 4 y 5 respectivamente):

«El apoyo firme y decidido a un sistema multilateral eficaz como medio para la resolución de conflictos, con respeto absoluto a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas»

«La participación activa del Parlamento en el debate de las grandes

⁴³ La Directiva de Defensa Nacional 1/2000 ha dejado de tener efectos tras la aprobación de la Directiva de Defensa Nacional 1/2004, de 30 de diciembre.

⁴⁴ Su exposición de motivos menciona que: «La acción exterior española debe basarse en el respeto escrupuloso a la legalidad internacional como medio para la resolución de conflictos; en el reconocimiento de las Naciones Unidas como organización responsable de velar por la paz y seguridad internacionales, y hará hincapié en una utilización más eficaz de todos los instrumentos políticos, diplomáticos, económicos y sociales para el arreglo pacífico de controversias y la prevención de conflictos, de modo que la acción militar sólo se contemple como un último recurso. (...) En consecuencia, la actuación de nuestras Fuerzas Armadas en el exterior se enmarcará dentro de un multilateralismo eficaz, que requerirá el cumplimiento de dos condiciones: en primer lugar, que exista una decisión previa de Naciones Unidas o, en su caso, otra organización multinacional de las que España forma parte y, en segundo lugar, que se acuerde con la participación activa del Parlamento. Todo ello sin perjuicio del ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y plasmado en los tratados internacionales de Defensa ratificados por España».

cuestiones de política de defensa y la búsqueda del respaldo parlamentario a las decisiones del Gobierno relativas a la participación de nuestras Fuerzas Armadas en operaciones en el exterior».

La Directiva de Defensa Nacional 1/2004, de 30 de diciembre, asume también los compromisos adoptados en el marco de la OTAN. Así, se establece, entre las directrices para el desarrollo de la política de defensa [dentro del ámbito internacional, apartado a).2]:

«Participar activamente en las iniciativas de una OTAN ampliada y transformada, en particular en el Compromiso de Capacidades de Praga y en la Fuerza de Respuesta, con el fin de contribuir a la prevención eficaz de los conflictos y, en su caso, a la gestión de crisis».

La Directiva, sin embargo, no hace referencia expresa al Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de 1999, lo cual es suficiente para poner en entredicho el supuesto «respeto escrupuloso a la legalidad internacional» propuesto. ¿Qué sucederá cuando la OTAN pretenda llevar a cabo una actuación que vulnere claramente la Carta de Naciones Unidas como ocurrió con los bombardeos sobre Serbia en 1999?

Por último, la expansión del concepto de defensa nacional también se manifiesta en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. En primer lugar, al incluir, en el art. 19.a) LODN, la posibilidad de que las Fuerzas Armadas españolas realicen misiones en el exterior acordadas por la OTAN, se está otorgando reconocimiento legal a las «operaciones de respuesta a las crisis no contempladas en el artículo 5» del Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN.

Por otra parte, las operaciones en el exterior que estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional no están sometidas ni a la autorización previa del Congreso de los Diputados (art. 17.1 LODN), ni a las condiciones establecidas en el art. 19 LODN.

En mi opinión, las operaciones directamente relacionadas con la defensa de España no pueden ser otras que las realizadas en ejercicio del derecho de legítima defensa frente a una agresión exterior. Parece razonable no someter estas operaciones a la autorización previa del Congreso. Lo que no es razonable es pretender, como hace el

art. 19 LODN, que no se encuentran sometidas a los requisitos establecidos en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

Mayores problemas plantea la interpretación de cuáles son las intervenciones militares directamente relacionadas con la defensa de los intereses nacionales. La LODN, aunque utiliza esta expresión en varios de sus artículos⁴⁵, no define cuáles son estos intereses nacionales, ni qué tipo de operaciones se pueden realizar en su defensa. El art. 26 LODN señala que el Centro Nacional de Inteligencia contribuye a la obtención, evaluación e interpretación de la información para prevenir y evitar riesgos o amenazas que afecten a la independencia e integridad de España, a los *intereses nacionales* y a la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones.

Considero que, con base en el art. 4.a) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, hay que interpretar que estos intereses son «los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España». En este mismo sentido, el Ministro de Defensa, José Bono, en su intervención en el Congreso durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de la Defensa Nacional hizo mención a la «guerra del fletán» como uno de los ejemplos en que el ejército español ha defendido los intereses nacionales en el exterior⁴⁶. En resumen, las operaciones de las fuerzas armadas en el exterior directamente relacionadas con la defensa de intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España quedan fuera de los mecanismos de control establecidos en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, incluso aunque se trate de operaciones que supongan el uso de la fuerza. Según la LODN, por tanto, el Gobierno puede decidir libremente participar en un conflicto armado siempre que estén en juego necesidades energéticas, financieras, económicas o políticas del Estado español. De esta forma, el Estado español va incluso más allá de la doctrina de la injerencia humanitaria que ya practicó con los bombardeos a Serbia en 1999.

⁴⁵ La LODN alude a los intereses nacionales, además de en los arts. 17 y 19, en el art. 26, relativo al Centro Nacional de Inteligencia; en el art. 30 que regula las zonas de interés para la defensa; y en el art. 31 sobre la cultura de defensa.

⁴⁶ Según el Ministro, «Obviamente, no se precisa del control previo del Parlamento para responder en legítima defensa a una agresión contra España o sus intereses nacionales. Piensen en este caso, por ejemplo, en la llamada guerra del fletán en que España, con una rotación de cinco patrulleras, tuvo que defender los intereses nacionales, intereses generales, no en el territorio de otro Estado, ni siquiera en aguas de su exclusiva competencia, sino en aguas internacionales donde se negaba el derecho de España a que pudiesen faenar sus pescadores» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, nº 110, de 15 de septiembre de 2005, pág. 5521). El Partido Popular también consideró como un interés nacional «el apoyo a nuestra flota pesquera ante situaciones de riesgo» (Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Defensa, nº 222, de 24 de octubre de 2005, pág. 11).

2.3. Derecho de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea nos interesa analizar la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y, más en concreto, la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) que forma parte de aquélla.

2.3.1. El Tratado de la Unión Europea

El vigente Tratado de la Unión Europea, tras la entrada en vigo-2.80892()- 92(h)2.80892(o)10.638

exterior y de seguridad común. Esta política «no afectará al carácter específico de la política de seguridad y de defensa de determinados Estados miembros, respetará las obligaciones derivadas del Tratado del Atlántico Norte para determinados Estados miembros que consideran que su defensa común se realiza dentro de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y será compatible con la política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco». Lo que significa que la defensa territorial queda fuera del ámbito de la PESD y continúa descansando fundamentalmente en la OTAN⁵².

La política exterior y de seguridad común incluye, según el art. 17.2 del Tratado de la Unión Europea, «misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz». No todas estas misiones tienen porqué suponer el uso de la fuerza armada, aunque sí sucederá en las *misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz*.

En virtud de la Carta de las Naciones Unidas, las operaciones de restablecimiento de la paz realizadas por la Unión Europea en las que intervengan fuerzas militares, requieren la decisión previa del Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza armada. Ello es consecuencia de la primacía de la Carta de las Naciones Unidas sobre los demás tratados internacionales (art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas).

El Tratado de la Unión Europea no recoge expresamente la necesidad de una resolución previa del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El art. 11.1 del Tratado de la Unión Europea señala, entre los objetivos de la política exterior y de seguridad de la Unión: «el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas». Se trata, por tanto, de una alusión muy general. Además, no existe un pronunciamiento claro sobre esta cuestión en otras decisiones comunitarias. Los informes aprobados por el Consejo Europeo en materia de Política Europea de Seguridad y Defensa mencionan «la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», pero, como señala Luis. N. GONZÁLEZ ALONSO, «no van más allá, ni descartan explícitamente la realización de este

⁵² Luis N. GONZÁLEZ ALONSO: 2001, 207-208, nota 30.

tipo de operaciones [las operaciones de restablecimiento de la paz en las que intervengan fuerzas de combate] sin su autorización formal»⁵³.

En cualquier caso, las decisiones sobre estas misiones militares se adoptarán por unanimidad en el Consejo, regla de unanimidad que no admite excepciones cuando se trata de «decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa» (art. 23.2, último párrafo, del Tratado de la Unión Europea). Además, los Estados miembros no han cedido a la Unión el control sobre sus fuerzas armadas, de modo que cada Estado miembro decidirá libremente sobre su participación en cada una de las operaciones de este tipo que se vayan a realizar⁵⁴.

2.3.2. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

Aunque el procedimiento de ratificación y la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha queda4459(n)5.31915(t)189(e)-2.80852(s)-8.8511(e)-13.44

Las «misiones fuera de la Unión» tienen como objetivo «garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas» (art. I-41.1). El art. III-309.1 detalla el contenido de estas misiones, que «abarcarán las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos». Para realizar estas misiones, la Unión «podrá recurrir a medios civiles y militares» (art. III-309.1).

Le corresponde al Consejo definir «el objetivo y el alcance de estas misiones y las normas generales de su ejecución» (art. III-309.2). Quien puede encomendar la realización de una de estas misiones «a un grupo de Estados miembros que lo deseen y que dispongan de las capacidades necesarias para tal misión» (art. III-310.1). Las decisiones se adoptarán en el Consejo por unanimidad (art. III-300.1), regla de unanimidad que no admite excepciones sobre «las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa» (art. III-300.4).

La regulación de estas misiones es similar a la del art. 17.2 del Tratado de la Unión Europea, y plantea los mismos problemas. Aunque se señala que estas misiones se realizarán «conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas» (art. I-41.1), no hay un sometimiento expreso a las resoluciones del Consejo de Seguridad. Por otra parte, hay que entender que se mantiene la situación existente con el Tratado de Niza, es decir, los Estados miembros deciden libremente sobre su participación en este tipo de misiones.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, también ha establecido una cláusula de defensa mutua en casos de legítima defensa (art. I-41.7), según la cual:

«Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros.

Los compromisos y la cooperación en este ámbito seguirán ajustándose a los compromisos adquiridos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta».

El art. I-41.7 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa parece, en principio, más exigente que el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte. Ya que el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte determina que en caso de un ataque a un Estado miembro de la OTAN, los demás Estados que forman parte de ella adoptarán «las medidas que juzgue[n] necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada». El art. I-41.7 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa adopta una redacción más imperativa: «Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, *los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance*».

Sin embargo, el art. I-41.7 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no impone ningún tipo de medida concreta de ayuda, en línea con lo que regula el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte. Además, el art. I-41.7 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa hace referencia, en su segundo párrafo, a «los compromisos adquiridos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte». Parece coherente, por tanto, otorgar el mismo contenido a las obligaciones establecidas en el art. I-41.7 que a las obligaciones derivadas del art. 5 del Tratado del Atlántico Norte⁵⁷. Hay que hacer así una lectura compatible de los dos tratados. En este sentido, no parece razonable, ni jurídicamente posible, que la Unión Europea modifique el contenido del Tratado del Atlántico Norte a través de la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Sobre todo cuando la realidad es que de los veinticinco Estados miembros de la Unión Europea sólo hay seis que no forman parte de la OTAN.

⁵⁷ José Luis DE CASTRO RUANO: 2005, 39, considera que el art. I-41.7 supone «una auténtica cláusula de Defensa mutua, semejante a las previstas por el artículo 5 de la Alianza Atlántica».

2.4. El Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos

El marco jurídico de la declaración de guerra ha de completarse con la regulación contenida en el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, hecho en Madrid el 1 de diciembre de 1988⁵⁸; modificado por el Protocolo de enmienda del Convenio de Cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, hecho en Madrid el 10 de abril de 2002⁵⁹.

Según el Convenio, España y Estados Unidos «mantendrán y desarrollarán su cooperación, para la defensa, bilateralmente y en el marco del Tratado del Atlántico Norte» (art. 1.1). Precepto que se explica por la fuerte vinculación que existe entre el Convenio y la pertenencia de España a la OTAN⁶⁰.

No se trata de un acuerdo de ayuda mutua en caso de ataque armado⁶¹. Así queda patente en el art. 12.1 del Convenio, según el cual «En caso de amenaza o ataque exterior contra cualquiera de las dos Partes que esté actuando conforme a los objetivos mencionados en el párrafo 2 del artículo 2 de este Convenio, el momento y modo de utilización de los apoyos a que se refieren los capítulos II y III de este Convenio serán objeto de consultas urgentes entre ambos Gobiernos y se determinarán por mutuo acuerdo, sin perjuicio del derecho inherente de cada Parte a la directa e inmediata legítima defensa». Por tanto, en caso de que España sufriera un ataque armado, Estados Unidos no está ni siquiera obligado a adoptar medidas de ayuda en virtud del Convenio; obligación que sí se deriva del art. 5 del Tratado del Atlántico Norte⁶².

En virtud del Convenio, «España concede a los Estados Unidos de América el uso de instalaciones de apoyo, otorga autorizaciones de uso en el territorio, mar territorial y espacio aéreo españoles para objetivos dentro del ámbito bilateral o multilateral de este convenio. Cualquier uso que vaya más allá de estos objetivos exigirá

⁵⁸ Publicado en el BOE de 6 de mayo de 1989, corrección de errores en el BOE de 10 de octubre de 1989.

⁵⁹ Publicado en el BOE de 21 de febrero de 2003.

⁶⁰ Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 16. En el mismo sentido, Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: 1989, 40, considera que el Convenio es complementario al sistema de la OTAN.

⁶¹ Sobre esta cuestión, véase Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: 1989, 41-42.

⁶² Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 18-19, considera que el Convenio no incluye o no precisa suficientemente la «cláusula de seguridad»; cláusula que sí se encuentra en el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte (véase también pág. 34). De forma parecida, Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: 1989, 41, señala que del art. 2 del Convenio sobre cooperación para la defensa tampoco pueden derivarse concretas obligaciones de resultado.

la autorización previa del Gobierno español» (art. 2.2). El Convenio, por tanto, permite el uso por parte de Estados Unidos de instalaciones de apoyo, cuyo régimen jurídico se regula en el Capítulo II (arts. 16 a 23), y también permite el uso del territorio, mar territorial y espacio aéreo españoles, cuya regulación se encuentra en el Capítulo III (arts. 24 a 35).

En primer lugar, España concede a los Estados Unidos de América «para fines militares, la utilización y mantenimiento de instalaciones de apoyo» (art. 8.1), que según el anejo 2 del Convenio se encuentran en la Base Aérea de Morón⁶³ y en la Base Naval de Rota⁶⁴. Estados Unidos puede destinar a España unidades militares y el personal civil necesarios para la utilización y mantenimiento de las instalaciones de apoyo y el desarrollo de las actividades autorizadas en el Convenio, dentro de los límites establecidos en el anejo 2 (art. 22.1)⁶⁵. Y puede almacenar y mantener municiones y explosivos en las instalaciones de apoyo previstas para ese fin (art. 23.1)⁶⁶.

En segundo lugar, España concede a los Estados Unidos de América, «para fines militares (...) autorizaciones de uso en el territorio, mar territorial y espacio aéreo, así como de otras instalaciones españolas» (art. 8.2). Uso que se rige por el Capítulo III y

⁶³ Según el anejo 2, apartado 1.2, en la Base Aérea de Morón se sitúan «Las IDAs [instalaciones de apoyo] necesarias para las operaciones, administración, mantenimiento, comunicaciones, abastecimiento y almacenamiento de material, y servicios de apoyo para un destacamento de aviones cisterna con carácter temporal, un destacamento de aviones cisterna con carácter permanente o rotativo, despliegue y tránsito de aeronaves de los Estados Unidos de América, operaciones espaciales y una oficina de investigación criminal».

⁶⁴ En la Base Naval de Rota se sitúan «Las IDAs [instalaciones de apoyo] necesarias para las operaciones, administración, mantenimiento, comunicaciones, abastecimiento y almacenamiento de material y servicios de apoyo para una estación naval, incluida una unidad de tierra, mar y aire, un escuadrón de patrulla marítima, escuadrón de reconocimiento aéreo de la flota, destacamento de aeronaves basadas en portaaeronaves para estacionamiento temporal, terminal de transporte aéreo militar, despliegue y tránsito de aeronaves de los Estados Unidos de América, atracaderos y fondeaderos y apoyo logístico de la flota, batallón de construcciones, estación naval de comunicaciones, compañía de fuerzas de seguridad, unidad de investigación criminal, destacamento para una terminal de correo aéreo, mando de gestión de los contratos de defensa, una instalación de información para vigilancia oceánica de la flota, depósito naval de combustibles, depósito de almacenamiento y estación meteorológica» (anejo 2, apartado 2.1).

⁶⁵ El personal permanente autorizado en la Base Aérea de Morón está formado por 500 militares y 75 civiles, mientras que en la Base Naval de Rota la cifra es de 4.250 militares y 1.000 civiles. También se autoriza que Estados Unidos destaque temporalmente en las dos bases a 900 miembros de la Marina (incluida la Infantería de Marina), 1.300 miembros de la Fuerza Aérea y 85 del Ejército (anejo 2, apartado 3).

⁶⁶ Teniendo en cuenta que debe autorizarse «cualquier incremento sustancial o alteración del tipo de munición normalmente almacenada» en una instalación de apoyo (art. 23.2).

los anejos 3, 4 y 5 del Convenio (art. 8.2)⁶⁷. Con base en esta autorización, se permite que las aeronaves de las Fuerzas de Estados Unidos, dentro del nivel de fuerzas acordado, sobrevuelen, entren y salgan del espacio aéreo español y utilicen las bases y establecimientos especificados en el anejo 2, sin más requisitos que el cumplimiento de la reglamentación española de circulación aérea (art. 25.1)⁶⁸. La utilización del puerto de la base naval de Rota se regulará por unas normas establecidas por el Almirante-Jefe de la base, con la colaboración del Jefe de las Fuerzas de los Estados Unidos estacionadas en la base; normas que estarán de acuerdo con el capítulo II y el anejo 3 del Convenio (art. 31.1). Las operaciones de carga y descarga de municiones y explosivos, así como su transporte terrestre, marítimo o aéreo, dentro del territorio español, están sometidas a autorización por las autoridades españolas (art. 32.1). Las Fuerzas de Estados Unidos pueden instalar, mantener y utilizar sistemas de telecomunicaciones y electrónica, en virtud de lo establecido en el anejo 4 (art. 33). Por último, a través del oleoducto Rota-Zaragoza y otras instalaciones, «España autorizará y garantizará a los Estados Unidos los servicios de movimiento y almacenamiento de las necesidades normales de combustible de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América, así como la ampliación del uso del oleoducto para satisfacer las necesidades de dichas Fuerzas en caso de emergencia» (art. 35.1)⁶⁹.

Además de estas autorizaciones generales, el Convenio prevé la posibilidad de que el Gobierno español autorice otro tipo de usos. Así lo establece, con carácter general, el art. 2.2 del Convenio. Y también se recoge en determinados supuestos. Se posibilita que, a requerimiento de las fuerzas de Estados Unidos, las autoridades españolas autoricen la creación de nuevas instalaciones de apoyo (art. 8.3). Se supedita al acuerdo del Gobierno español la «instalación, almacenamiento o introducción en territorio español de armas nucleares o no convencionales o sus componentes» (art. 11.2). Se permite que el Gobierno español y el Gobierno de Estados Unidos celebren «acuerdos sobre uso, en tiempo de crisis o guerra, de instalaciones, territorio, mar

⁶⁷ El anejo 3 establece normas complementarias sobre escalas de buques; el anejo 4 regula las telecomunicaciones y electrónica; y el anejo 5 se refiere al almacenamiento, transporte y suministro de combustibles.

⁶⁸ Las aeronaves que participen en «misiones de apoyo logístico» no incluidas en el art. 25.1 «pueden sobrevolar, entrar y salir del espacio aéreo español y utilizar las Bases especificadas en el anejo 2 de acuerdo con un autorización general de carácter trimestral concedida por el Comité Permanente» (art. 25.2).

⁶⁹ En el anejo 5, que regula el «Almacenamiento, transporte y suministro de combustibles», se establece que «Si fuera necesario, el movimiento de productos se realizará siete días a la semana, veinticuatro horas al día» (apartado VI.E). Además se garantizan unos caudales mínimos que podrán utilizar las Fuerzas Armadas de Estados Unidos (apartado VI.G).

territorial y espacio aéreo españoles por los Estados Unidos de América en apoyo de los planes de contingencia de la OTAN» (art. 12.2). También se prevé que, excepcionalmente, el Gobierno español autorice «aumentos temporales sobre el nivel total de las Fuerzas acordado para cada Base o Establecimiento, así como cambios en la naturaleza de éstas» (art. 18.5⁷⁰). Por último, se reconoce la posibilidad de que, previa autorización del Gobierno español, las aeronaves norteamericanas operadas por o para las Fuerzas de los Estados Unidos de América podrán disfrutar de los privilegios citados en el art. 25.1, en las situaciones de amenaza o ataque exterior y tiempo de crisis o guerra, así como para la «realización de vuelos cuyos objetivos vayan más allá de los mencionados en el párrafo 2 del artículo 2». Es decir, en estos casos, estarían sometidas únicamente al cumplimiento de la reglamentación española de circulación aérea. Siempre teniendo en cuenta que queda abierta la posibilidad de que las autoridades españolas reduzcan los requisitos a que se someten las autorizaciones a aeronaves «cuando las circunstancias lo aconsejen» (art. 25.5).

Se establece así un marco jurídico muy flexible, que incluso ha sido calificado como «crecientemente desregulado»⁷¹. En cualquier caso, se requiere autorización previa del Gobierno español para aquellos usos que van más allá de los objetivos dentro del ámbito bilateral o multilateral del Convenio (art. 2.2). El problema es que el Convenio no define cuáles son estos objetivos⁷². Puede interpretarse que, dentro del ámbito bilateral, los objetivos consisten en permitir a Estados Unidos utilizar determinadas instalaciones de apoyo españolas, así como en el otorgamiento de distintas autorizaciones de uso del territorio, mar territorial y espacio aéreo españoles según las condiciones establecidas en los Capítulos II y III (y anejos 2 a 5) del Convenio; mientras que en el ámbito multilateral, se permite la utilización de las instalaciones de apoyo y se autoriza el uso del espacio aéreo para operaciones realizadas por la OTAN en ejercicio del derecho de legítima defensa (art. 5 del Tratado del Atlántico Norte) sobre el territorio en el que se concreta el deber de asistencia recíproca en caso de ataque armado (definido en el art. 6 del Tratado del Atlántico Norte)⁷³.

⁷⁰ El art. 18.4.1 reconoce también la posibilidad de que las autoridades españolas autoricen «cualquier variación significativa en la finalidad o en el modo de utilización de una IDA [instalación de apoyo], así como el montaje de nuevos equipos de importancia que puedan implicar un incremento notable en la capacidad de una IDA».

⁷¹ Así, Javier A. GONZÁLEZ VEGA: 2002, 998.

⁷² Cuestión señalada por Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 18 y 33.

⁷³ Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 19 y 34. En un sentido similar, Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: 1989, 48-49. Hay que tener en cuenta que el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de

Por tanto, no requieren autorización específica los usos relacionados con la defensa mutua entre España y los Estados Unidos de América, o con el ejercicio de la legítima defensa colectiva en el marco de la OTAN. Son usos que tienen que ver con «la capacidad individual y colectiva para resistir un ataque armado», expresión que utiliza el art. 2.1 del Convenio. Sí necesitarán autorización previa del Gobierno español caso por caso, en virtud del art. 2.2 del Convenio, otro tipo de usos que tengan que ver con «acciones u operaciones “fuera de área”»; es decir, que se realicen fuera del ámbito territorial establecido en el art. 6 del Tratado del Atlántico Norte⁷⁴. Un ejemplo real de estas operaciones fue la intervención militar que llevaron a cabo aviones estadounidenses contra Libia en abril de 1986; intervención en la que no fueron utilizadas bases españolas ni se atravesó el espacio aéreo español⁷⁵.

En definitiva, a través del Convenio de Cooperación para la Defensa, el Gobierno de Estados Unidos obtiene una importante ayuda para sus operaciones militares en la zona mediterránea y su área de influencia. Ayuda que puede ser utilizada en los casos en que las fuerzas armadas de Estados Unidos de América realicen una intervención militar contraria a la Carta de las Naciones Unidas. En mi opinión, este supuesto no debe tomarse como un mero ejercicio teórico sino que, como la política militar estadounidense demuestra de vez en cuando, se trata de una hipótesis real. De esta forma, España podría estar colaborando en la comisión de una acción contraria a la Carta de las Naciones Unidas, que incluso podría constituir un crimen internacional.

En teoría esta situación no debería producirse. En primer lugar por la primacía de la Carta de las Naciones Unidas frente a cualquier otro tratado internacional (art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas), como lo es el Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos de América. Resulta llamativo en este sentido, el tímido reconocimiento a la Carta que se recoge en el Convenio. Únicamente su exposición de motivos menciona que «El Reino de España y los Estados Unidos de América, Estados Parte en el Tratado del Atlántico Norte; (...) Reafirman su fe en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y su deseo de vivir en paz con todos los pueblos y todos los Gobiernos». Situación que, como hemos visto, no es

1999 ha ampliado el campo de actuación de la Alianza a todo el planeta. Sin embargo, considero que debe seguir interpretándose que el ámbito de la OTAN es el recogido en el art. 6 del Tratado del Atlántico Norte.

⁷⁴ Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 19 y 34.

⁷⁵ Véase Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 19-20. Aunque sí se produjo el aterrizaje de emergencia en la Base aeronaval de Rota de un caza-bombardero norteamericano F-11 que había participado en el ataque contra Libia (pág. 20).

nueva en el ámbito del derecho internacional, y que se sitúa en la misma línea que el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de 1999 o el derecho comunitario, incluyendo el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

El Gobierno español no debería autorizar el uso de instalaciones de apoyo o el uso del territorio, mar territorial o espacio aéreo españoles para operaciones militares que vulneren la Carta de las Naciones Unidas. Como vimos, el art. 3.f) de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, sobre definición de la agresión, califica expresamente como acto de agresión «La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado».

Además, el Gobierno español debería disponer de algún mecanismo de control para conocer el destino y la finalidad de las misiones autorizadas. El Convenio de Cooperación para la Defensa no prevé ningún mecanismo de este tipo. Todo lo contrario, establece reglas que imposibilitan este tipo de controles. Así, se prescribe expresamente que las autorizaciones sobre escalas de buques se otorgarán «sin solicitar información sobre el tipo de armas a bordo de los buques» (anejo 3, apartado 7)⁷⁶; o que «Los buques de la armada española y los buques de las Fuerzas de los Estados Unidos de América estarán exentos de inspecciones, incluidas las de aduana y sanidad» (anejo 3, apartado 9.3). Tampoco se prevé ningún mecanismo de control en relación con las autorizaciones generales de carácter trimestral otorgadas a aeronaves que participen en misiones de apoyo logístico (art. 25.2)⁷⁷.

El Convenio se limita a reconocer la posibilidad de que ambos Estados se informen o consulten en los siguientes términos: «ambas Partes promoverán su

⁷⁶ Como señala Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: 1989, 46, «existe obligación jurídica de no solicitar información al respecto por parte de España». Por su parte, Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 26, califica a este precepto como «la renuncia convencional expresa a un derecho inherente a la soberanía»; que desvirtúa en la práctica la política de no nuclearización del Estado español (pág. 35).

⁷⁷ En este sentido, se puede mencionar la respuesta dada por el Gobierno a la pregunta formulada por el diputado Ángel Pérez Martínez relativa a la utilización por los Estados Unidos de las bases militares ubicadas en territorio español para las operaciones que realizan en territorio iraquí. El primer párrafo de la respuesta del Gobierno señalaba que «Durante el último cuatrimestre del año 2004 se han realizado 317 operaciones aéreas (escalas, sobrevuelos) en el territorio nacional con destino o procedencia directa de Iraq. *De los planes de vuelo sólo se pueden deducir las ciudades o aeropuertos de destino de los aviones implicados, pero no la naturaleza específica de su misión.*

En el mismo período de tiempo se han efectuado en puertos españoles 97 escalas de buques de EE. UU. *Se desconoce si su destino final o procedencia era Iraq y su carga*» (la cursiva es mía). Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 14 de abril de 2005, Serie D, Núm. 185, pág. 119.

cooperación para la defensa común y se informarán, cuando sea necesario, de las acciones que emprendan para la consecución de estos objetivos y se consultarán sobre otras que puedan adoptar, conjunta o separadamente» (art. 1.2). Los términos tan genéricos de este precepto han de interpretarse, desde mi punto de vista, como un mecanismo de cooperación y no como un instrumento que permitiría al Gobierno español controlar las operaciones de las fuerzas armadas de Estados Unidos⁷⁸.

⁷⁸ Ha de tenerse en cuenta, además, que la información sobre estas cuestiones estará cubierta por la legislación sobre secretos oficiales. En este sentido, el art. 5 del Convenio establece que «El intercambio de información relacionada con equipo o documentos vinculados al desarrollo del presente Convenio estará en consonancia con el Acuerdo de protección de la información clasificada que se encuentre en vigor».

CAPÍTULO 2. EL ARTÍCULO 63 DE LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL JURÍDICO DE LA PARTICIPACIÓN EN CONFLICTOS ARMADOS

El art. 63.3 CE no goza de buena consideración entre nuestra doctrina jurídica. Partiendo de la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas, se ha calificado al art. 63.3 CE como una norma anacrónica y desfasada⁷⁹; un cuerpo extraño⁸⁰; un precepto que no tiene razón de ser⁸¹. Incluso se ha llegado a proponer su supresión en una futura reforma constitucional⁸². Como veremos, hay posturas que niegan cualquier aplicación efectiva del art. 63.3 CE. Por último, se ha señalado que, en la práctica, muy difícilmente se declarará una guerra⁸³; sin problematizar esta situación de hecho y sin plantearse si ello es o no conforme con lo que establece nuestra Constitución.

La realidad es que el Estado español está participando en conflictos armados, incluso sin autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como sucedió en los bombardeos sobre Serbia en 1999, en los que intervinieron seis caza-bombarderos españoles F-18 y un avión cisterna. Desde mi punto de vista, la cuestión

⁷⁹ Elisa PÉREZ VERA y Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: 1997, 275-276. En el mismo sentido, Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 40.

⁸⁰ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 149.

⁸¹ Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: 2000, 43.

⁸² Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: 1992, 187; aunque hay que tener en cuenta que esta autora estudia la pena de muerte en tiempo de guerra. Más moderada es la posición de Consuelo RAMÓN CHORNET: 2005, 686, quien se muestra a favor de la reforma del art. 63.3 CE o, al menos, de la LODNOM (véase también la página 703).

El Ministro de Defensa, José Bono, también ha propuesto la supresión de las tres menciones a la guerra que se recogen en la Constitución. En cuanto a la declaración de guerra, la opinión del Ministro es que «el artículo 63.3 de la Constitución dice que el Rey, con la autorización de las Cortes, declarará la guerra. Si ponemos esta disposición en conexión con la Carta de San Francisco, ni el Rey puede declarar la guerra ni las Cortes pueden autorizarla, porque pertenecemos a la ONU donde está prohibida la guerra y solo los conflictos que autoriza la Carta pueden ser considerados legales. El recurso a la guerra está prohibido para resolver los conflictos entre los Estados que forman parte de las Naciones Unidas. Por tanto, es una facultad que tiene más que ver con la literatura que con la legalidad. Eso de que el Rey declara la guerra con autorización del Congreso, podrá autorizar presencias en el exterior pero no puede declarar la guerra si somos miembros de las Naciones Unidas» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Defensa, núm 331, de 22 de junio de 2005, pág. 14).

Desde mi punto de vista, que desarrollo en este capítulo, el art. 63.3 CE debe interpretarse de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, pero eso no supone que la declaración de guerra es contraria a la Carta, sino que sólo es pertinente en los supuestos de uso de la fuerza armada autorizados en la Carta de las Naciones Unidas.

⁸³ Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1979, 428; Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: 1992, 187; y Ramón ENTRENA CUESTA: 2001, 1088.

más importante relacionada con la interpretación del art. 63.3 CE es plantear si queremos que el derecho suponga algún tipo de límite a la participación de las fuerzas armadas españolas en conflictos bélicos.

En este trabajo opto por expresar todas las posibilidades que permite el art. 63.3 CE como mecanismo de control de las intervenciones militares. La falta de desarrollo legal de este precepto obliga, desde mi punto de vista a poner el énfasis en la interpretación constitucional. Considero que la autorización previa del Congreso de los Diputados para ordenar operaciones de las fuerzas armadas en el exterior que no estén relacionadas con la defensa de España o del interés nacional (art. 17.1 LODN), no supone el desarrollo legislativo del art. 63.3 CE⁸⁴. Por tanto, si una intervención de las Fuerzas Armadas en el exterior implica la participación en un conflicto armado deberán cumplirse los requisitos establecidos en el art. 63.3 CE.

Antes de exponer la interpretación que propongo del art. 63.3 CE, considero necesario señalar diferentes elementos que pueden, y deben en mi opinión, tenerse en cuenta en la interpretación del art. 63.3 CE. Estos elementos delimitan el marco general que orientará la interpretación posterior.

1. Estado de la cuestión: interpretaciones del art. 63.3 CE

Las interpretaciones propuestas por la doctrina del art. 63.3 CE pueden agruparse en tres grandes bloques. Por un lado, se encuentran quienes entienden que toda intervención armada en el exterior exige una previa declaración de guerra. Por otro, quienes consideran que frente a una agresión exterior no es necesaria una declaración de guerra; pensando en los supuestos de legítima defensa y de intervenciones armadas autorizadas por el Consejo de Seguridad de la ONU. Por último, hay posturas intermedias que analizan distintos supuestos de aplicación del art. 63.3 CE, teniendo en cuenta además la Carta de las Naciones Unidas.

Dentro del primer grupo⁸⁵, se puede incluir a Luis SÁNCHEZ AGESTA para quien la «defensa contra una agresión [exterior] implica *la declaración de guerra*»⁸⁶. En un

⁸⁴ Véase el epígrafe 5 de este capítulo.

⁸⁵ Además, se puede tener en cuenta la postura de Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: 1992, 187. Para esta autora, tiempo de guerra del art. 15 CE equivale a «guerra declarada conforme establece la Constitución». Hay que tener en cuenta que estudia la pena de muerte. Considera que la declaración formal de guerra es presupuesto para poder condenar a alguien a muerte, no sería suficiente el tiempo de guerra, una situación de hecho.

sentido similar, Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, partiendo de que las Fuerzas Armadas cumplen una función básicamente disuasoria, entiende que «el paso hacia las intervenciones reales sólo puede hacerse mediante la puesta en práctica de los expedientes legalmente previstos y que se concretan en dos: la *guerra* y el *estado de sitio*»⁸⁷. Por último, para Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, quien interpreta conjuntamente los arts. 15, 63.3 y 169 CE, la Constitución mantiene un concepto formal de guerra, por lo que es necesaria la declaración de guerra siempre que se produzca una intervención militar que suponga una guerra⁸⁸.

Dentro de los autores que consideran que frente a una agresión no es necesaria una declaración formal de guerra hay que incluir a Carlos GARRIDO LÓPEZ. Este autor considera que «España no tiene obligación jurídica de declarar la guerra para que sus Fuerzas Armadas puedan defenderla de cualquier agresión protagonizada por potencia extranjera»⁸⁹. Su postura se basa en los siguientes argumentos: (1) el Derecho internacional no vincula el uso de la fuerza con la declaración formal de guerra; (2) el art. 63.3 CE «no especifica (...) los supuestos de hecho en que procedería taxativamente» la declaración de guerra, ni se relaciona con las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el art. 8.1 CE; (3) la Constitución tampoco ha establecido las condiciones, limitaciones y efectos de la declaración de guerra; y (4) tampoco son equivalentes las expresiones del art. 63.3 CE y los arts. 15 CE y 169 CE⁹⁰. Esta tesis se limita al supuesto de la legítima defensa, aunque en otro trabajo, Carlos GARRIDO LÓPEZ llega incluso a negar la aplicación del art. 63.3 CE a todas las situaciones en las que España participe materialmente en una guerra, como en Kosovo⁹¹. Dentro de esta línea

En un sentido similar se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 45.464, de 8 de julio de 2003, emitido en relación con el Protocolo número 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, relativo a la abolición de la pena de muerte. Para el Consejo de Estado: «Según el artículo 63 de la Constitución, únicamente puede entenderse que la situación estricta de tiempo de guerra existe cuando el Rey hubiere declarado la guerra, previa autorización de las Cortes Generales». Desde mi punto de vista hay que relativizar esta doctrina, ya que el problema al que se refiere es el de la.60306(d)-1

también se incluye Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, para quien la declaración de guerra ha perdido toda su razón de ser. Se basa en tres ideas: (1) no se puede declarar un acto prohibido por el Derecho internacional; (2) las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza o suponen una reacción de hecho frente a una agresión o serán declaradas por Naciones Unidas; y (3) el uso de la fuerza también puede ser acordado por otras organizaciones internacionales que también suplirán la declaración de guerra por cada Estado⁹². Por último, Elisa PÉREZ VERA y Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN señalan que el derecho de legítima defensa no requiere más formalidad que la adopción de las medidas defensivas necesarias y su comunicación al Consejo de Seguridad⁹³.

Desde mi punto de vista, la postura agrupada en primer lugar, parece estar pensando, sobre todo, en las acciones militares en el exterior de las Fuerzas Armadas, sin proporcionar un tratamiento adecuado de los supuestos de legítima defensa del territorio español. La doctrina del segundo grupo toma como argumento fuerte la regulación del derecho internacional. Se centra fundamentalmente en los supuestos en los que no resulta necesaria la declaración formal de guerra, pero no llega a plantear en qué casos es obligatoria dicha declaración. Es, por tanto, una tesis fundamentalmente negativa del art. 63.3 CE; tesis que, además, niega eficacia jurídica práctica al art. 63.3 CE.

Existen, por último, posturas intermedias que, partiendo de la Carta de las Naciones Unidas, distinguen varios casos de posible aplicación del art. 63.3. CE. Así, Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, aludiendo de forma muy genérica a la Carta, entiende que la declaración de guerra del art. 63.3 CE sólo resulta aplicable en los supuestos de legítima defensa⁹⁴.

Más matizada es la postura de Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ PRAT, quienes mantienen que existen solamente dos supuestos de guerras declarables constitucionalmente: la legítima defensa (art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas) y las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad que impliquen el uso de la fuerza al amparo del art. 42 de la Carta. La aplicación del art. 63.3 CE se limita a los «supuestos en los que legítimamente existan o vayan a existir hostilidades». Estos autores distinguen tres supuestos: a) si son medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad no resultará aplicable el art. 63.3 CE siempre que el Estado español haya

⁹² Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: 2000, 42-43.

⁹³ Elisa PÉREZ VERA y Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: 1997, 275.

⁹⁴ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: 1985, 129.

celebrado un convenio especial del art. 43 de la Carta; b) en caso de legítima defensa la respuesta inmediata puede ser adoptada por el Gobierno sin declaración de guerra, aunque la continuidad de la acción defensiva sí requiere declaración; c) la legítima defensa colectiva, siempre que implique la participación directa en hostilidades, requiere declaración del art. 63.3 CE, salvo que se haya atribuido el ejercicio de dicha competencia a una organización internacional con base en el art. 93 CE⁹⁵.

También hay que tener en cuenta la postura de Carlos RUIZ MIGUEL. Este autor analiza cuatro supuestos: (1) la legítima defensa, que no requiere declaración de guerra; (2) las intervenciones bélicas autorizadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sí requieren declaración de guerra; (3) los supuestos de legítima defensa preventiva que requieren declaración; y (4) el apoyo político a una declaración de guerra de la ONU que no exige declaración⁹⁶.

Adelanto ya que tomaré como punto de partida estas posturas intermedias en la interpretación que propongo del art. 63.3 CE. Sin embargo, antes creo necesario plantear otros argumentos que delimiten el contexto para la interpretación del art. 63.3 CE.

2. Eficacia jurídica del art. 63.3 CE

En mi opinión, la primera cuestión que debemos tener en cuenta al interpretar el art. 63.3 CE es preguntarnos cuál es el valor normativo de dicho precepto. Es decir, si resulta una norma directamente aplicable o si, por el contrario, requiere algún tipo de desarrollo legal para poder ser aplicado.

La Constitución española es una auténtica norma jurídica. Así se declara expresamente en su propio texto, cuyo artículo 9.1 establece que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Es opinión unánime de la doctrina jurídica que la Constitución es una norma⁹⁷. Aunque el hecho de que la Constitución sea una norma no significa que todos los preceptos constitucionales sean susceptibles de aplicación directa; hay normas constitucionales que, por su naturaleza o por su estructura, ven diferida su aplicación⁹⁸.

⁹⁵ Cfr. Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 151-155.

⁹⁶ Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 92-96.

⁹⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2004a, 102-103 y 105-107.

⁹⁸ Alejandro NIETO: 1983, 387 y 395.

Planteadas la cuestión en estos términos, lo que nos interesa determinar es si el artículo 63.3 CE es una regla o un principio, ya que ambos son dos tipos de normas. Siguiendo los criterios de distinción que plantea Robert ALEXY, las reglas son «normas que sólo pueden ser cumplidas o no»; mientras que los principios «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»⁹⁹. Por tanto, los principios pueden ser cumplidos en diferente grado, mientras que las reglas determinan exactamente lo que debe o no debe hacerse.

El art. 63.3 CE es una norma atributiva de competencia que establece a qué sujeto le corresponde declarar la guerra y hacer la paz, y, al mismo tiempo, establece una regla procedimental, es necesaria la autorización previa de las Cortes Generales. Este artículo puede reformularse de la siguiente manera: «El Rey no puede declarar la guerra ni hacer la paz sin autorización previa de las Cortes Generales»; o «El Estado español sólo puede declarar la guerra o hacer la paz con autorización previa de las Cortes Generales ratificada por el Rey».

Desde mi punto de vista, es una regla, ya que se trata de una norma que puede ser cumplida o no. Si se participa efectiva, materialmente, en una guerra se cumplirá la regla cuando se halla emitido una declaración formal de guerra por el Rey previa autorización de las Cortes; por el contrario, se incumplirá la regla cuando el Rey no proceda a la declaración formal o cuando se emita declaración sin la autorización previa de las Cortes.

El art. 63.3 CE no admite distintos grados de cumplimiento: se incumple la regla de competencia y/o se incumple la regla de procedimiento, pero no es posible que atendiendo a las circunstancias jurídicas o reales existentes se permitan incumplimientos conformes al ordenamiento jurídico, hecho que es propio de los principios. Es decir, la competencia atribuida no se atribuye en mayor o menor grado; ni tampoco la regla de procedimiento se atribuye en mayor o menor grado según las circunstancias. Podría mantenerse que es un principio porque no es necesaria en los casos de legítima defensa. En mi opinión, sin embargo, este es un problema relativo al ámbito de aplicación de la regla, no tiene que ver con si se trata o no de un principio.

Por otra parte, desde mi punto de vista, el art. 63.3 CE no puede considerarse como una regla incompleta; su consideración como norma incompleta supondría que

⁹⁹ Robert ALEXY: 2002, 86-87.

puede carecer de eficacia jurídica directa ya que ésta depende de otra norma jurídica. La norma jurídica (completa) pone en relación un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica¹⁰⁰. Las normas jurídicas incompletas, por el contrario, concretan el contenido del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de otra norma, establecen excepciones al ámbito de aplicación de otra norma, o se remiten a otra norma en relación con algún elemento de su supuesto de hecho o en relación con su consecuencia jurídica¹⁰¹. Alejandro NIETO ha puesto el énfasis en la incomplitud de la Constitución para señalar que hay preceptos constitucionales que no son directamente aplicables¹⁰². Sin embargo, considero que el art. 63.3 CE es una norma completa. Es un precepto que incluye un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica: la participación del Estado español en una guerra (supuesto de hecho) es conforme a derecho si ha sido autorizada por las Cortes Generales (consecuencia jurídica). Como el art. 63.3 CE es una norma completa, puede aplicarse directamente sin necesidad de desarrollo normativo posterior. Situación que, como hemos visto, es la existente en nuestro ordenamiento, ya que la LODN no ha desarrollado el contenido del art. 63.3 CE y la autorización previa del Congreso de los Diputados establecida en el art. 17 LODN no sustituye, desde mi punto de vista, la regulación contenida en el art. 63.3 CE.

En conclusión, el art. 63.3 CE es una auténtica regla jurídica de la que deben desprenderse consecuencias jurídicas. Lo que podrá discutirse es cuál es el ámbito de aplicación del art. 63.3 CE. Es decir, en qué supuestos de intervenciones militares resulta aplicable y en cuáles no. Este problema nos lleva al concepto constitucional de guerra.

Algunos autores han señalado que la Constitución no contiene un concepto constitucional de guerra¹⁰³. Desde mi punto de vista, hay que realizar dos matizaciones. En primer lugar, el hecho de que no exista un concepto constitucional de guerra no significa que no pueda derivarse un concepto jurídico de guerra de nuestro

¹⁰⁰ Karl LARENZ: 1994, 243-244.

¹⁰¹ Karl LARENZ: 1994, 249 y ss; quien distingue entre normas jurídicas aclaratorias, normas jurídicas restrictivas y normas jurídicas remisivas.

¹⁰² Alejandro NIETO: 1983, 374, recurre a la imagen de que la Constitución «es un archipiélago de islas de Derecho positivo». Sobre la incompletud constitucional, véase también págs. 390-391.

¹⁰³ Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 200, señala que «La Constitución de 1978 habla en su art. 63.3 de declaración de guerra sometida a procedimiento, pero no especifica en dicho precepto los supuestos de hecho en que procedería taxativamente dicha declaración». Por su parte, Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 151, señalan que «no existe ni en el Derecho internacional ni en nuestro ordenamiento interno una definición concluyente del término guerra».

ordenamiento. En este sentido se ha señalado que la guerra es un concepto jurídico¹⁰⁴. Este concepto jurídico de guerra deberá ser construido por el intérprete. Como concepto jurídico deberá hacer referencia a alguna o algunas situaciones de hecho¹⁰⁵. Pues bien, ante la ausencia de desarrollo normativo del art. 63.3 CE habrá que construir el concepto jurídico de guerra poniendo el énfasis en este precepto constitucional.

En mi opinión, como el art. 63.3 CE es una auténtica regla jurídica deberá tener algún tipo de valor normativo. Es una regla que se encuentra, además, contenida en nuestra norma suprema, la Constitución. Es una regla con eficacia jurídica inmediata, directa, que no requiere mayor desarrollo normativo para poder ser efectiva, para desplegar consecuencias jurídicas. El problema fundamental es determinar qué situaciones fácticas han de subsumirse bajo la declaración de guerra, es decir, qué tipo de intervenciones militares se pueden subsumir dentro del concepto constitucional de guerra. En mi opinión son inconstitucionales las interpretaciones que niegan aplicación práctica al art. 63.3 CE.

3. Métodos interpretativos de la Constitución y su aplicación al art. 63.3 CE

Se ha señalado que los criterios interpretativos enumerados en el art. 3.1 del Código Civil (sentido de las palabras, contexto, antecedentes históricos y legislativos, realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, espíritu y finalidad de las normas) no son obligatorios en la interpretación constitucional¹⁰⁶. Desde mi punto de vista, el problema no es la obligatoriedad del art. 3.1 CC para el intérprete constitucional; sino si el intérprete tiene en cuenta estos criterios al interpretar la Constitución. De hecho esto es lo que sucede, porque los criterios interpretativos que menciona el art. 3.1 CC son los criterios que utiliza la doctrina jurídica

¹⁰⁴ Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: 1992, 183, lo califica como «concepto jurídico determinado o determinable» y como «concepto jurídico-constitucional». Seguida por Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 199.

¹⁰⁵ Desde mi punto de vista incurren en confusión aquellas posturas que entienden que la guerra es un concepto jurídico y no una situación de hecho (así, Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: 1992, 187; y Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 199). La guerra como concepto jurídico integra el supuesto de hecho de la norma de la que se derivan consecuencias jurídicas. Dentro del concepto de guerra se subsumirán determinadas situaciones fácticas, determinados hechos. Sobre el supuesto de hecho de las normas puede verse Karl LARENZ: 1994, 243-244.

¹⁰⁶ Enrique ALONSO GARCÍA: 1984, 81, señala que el art. 3.1 CC no es vinculante en la interpretación de la Constitución ni para el TC, ni para el TS ni para los tribunales ordinarios, sino que se trata de una «norma meramente admonitiva».

habitualmente¹⁰⁷. Únicamente deben ser completados con la interpretación valorativa propia de las normas constitucionales¹⁰⁸.

3.1. Interpretación literal

El art. 63.3 CE es un precepto bastante claro: exige autorización previa de las Cortes Generales antes de que el Rey declare la guerra o firme la paz. Otra cuestión es que se planteen problemas interpretativos en cuanto a qué actividades han de considerarse como guerra, es decir, sobre su ámbito de aplicación. En su sentido literal, la guerra supone un conflicto armado entre dos o más Estados¹⁰⁹. Por tanto, el punto de partida debe ser que la participación en un conflicto armado contra otro Estado exige su declaración formal.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, sólo en casos excepcionales puede el intérprete apartarse del tenor literal de la norma¹¹⁰. En mi opinión, el ejercicio de derecho de legítima defensa, siempre que se den los requisitos para su ejercicio, es uno de esos casos excepcionales.

3.2. Interpretación en el contexto: el art. 63.3 CE como una pieza del Estado democrático de Derecho

Uno de los elementos básicos del Estado de Derecho es el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, al derecho¹¹¹. Este elemento ha sido recogido expresamente en la Constitución, al declarar que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»

¹⁰⁷ Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN: 1991, 1923, considera que los criterios interpretativos del art. 3.1 CC son plenamente aplicables en la interpretación constitucional. En otro trabajo, Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN: 1980, 41, considera que el art. 3.1 CC exige una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales relativos al mando supremo de las Fuerzas Armadas.

¹⁰⁸ En este sentido, Francisco VELASCO CABALLERO: 1994, 79, nota 8.

¹⁰⁹ El Diccionario de la Real Academia define guerra como: 1. «Desavenencia o rompimiento de la paz entre dos o más potencias», y 2. «Lucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación».

¹¹⁰ STC 72/1984, de 14 de junio, FJ 6; y STC 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6.

¹¹¹ Así Ángel GARRORENA: 1984, 177; Antonio EMBID IRUJO: 1991, 2734; Javier PÉREZ ROYO: 2001, 158-159; Elías DÍAZ: 1995, 9; Pablo LUCAS VERDÚ: 1996, 105-106. En el mismo sentido la dogmática alemana, por ejemplo Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: 2000, 44.

(art. 9.1). El Estado de Derecho también implica la existencia de un sistema de control jurisdiccional de las decisiones públicas¹¹².

El art. 63.3 CE debe interpretarse, en mi opinión, desde esta idea del sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico¹¹³. El art. 63.3 CE es una más de las reglas constitucionales en las que se concreta el sometimiento del poder público al derecho. Este precepto establece claramente dos exigencias jurídicas para que el Estado pueda participar en una intervención militar que pueda calificarse como una guerra: la autorización previa de las Cortes Generales y la ratificación formal por el Jefe del Estado.

Por tanto, considero que, como consecuencia del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), hay que dar prioridad a aquellas interpretaciones del art. 63.3 CE que sometan efectivamente al derecho el poder estatal de decidir la participación en conflictos bélicos. Además, las decisiones en esta materia estarán sometidas, en principio, al control judicial. Las interpretaciones que niegan toda eficacia jurídica del artículo 63.3 CE deben calificarse como inconstitucionales, por contradecir el sometimiento del poder público a la Constitución y al ordenamiento jurídico.

En cuanto al principio democrático, supone un principio de participación, de articulación de la sociedad con el poder¹¹⁴. El art. 63.3 CE es una de las reglas que configuran nuestra democracia representativa que garantiza que dicha decisión se adoptará a través de un procedimiento público¹¹⁵.

¹¹² Antonio EMBID IRUJO: 1991, 2706; lo que no significa, según este autor, que toda la actuación de los poderes públicos se encuentre sometida necesariamente a control jurisdiccional. Elías DÍAZ: 1995, 9, se refiere a la fiscalización de la actuación del poder ejecutivo.

La STC 73/1983, de 30 de julio, FJ 6, afirmó que «entre los postulados del Estado de Derecho establecidos por la Constitución (art. 1.º) se encuentran la legalidad estricta de la acción administrativa y el control jurisdiccional de la misma».

La exposición de motivos de la LJCA (apartado I) comienza señalando que «La Jurisdicción Contencioso-administrativa es una pieza capital de nuestro Estado de Derecho». Véase también la referencia que realiza al control judicial de los actos políticos.

¹¹³ Pablo LUCAS VERDÚ: 1996, 147, considera que el art. 1 CE es pauta interpretativa de gran parte de la Constitución, entre otras razones porque el contenido del art. 1 CE se concreta en los demás preceptos constitucionales. En el mismo sentido, Javier PÉREZ ROYO: 2001, 158.

¹¹⁴ Ángel GARRORENA MORALES: 2001, 109-112.

¹¹⁵ He analizado la conexión entre el art. 63.3 CE y principio democrático en el epígrafe 3.5 de este capítulo.

3.3. Antecedentes históricos y legislativos. En especial, la Carta de las Naciones Unidas

El Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que los preceptos constitucionales se interpreten teniendo en cuenta sus antecedentes legislativos¹¹⁶. En relación con la declaración de guerra, además de la Constitución republicana de 1931 y la legislación franquista, considero que también debe tenerse en cuenta la Carta de las Naciones Unidas de 1949.

La Constitución republicana de 1931 establecía en su art. 6 que «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional». Precepto que se completaba con la regulación de la declaración de guerra en el art. 77, según el cual:

«El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones previstas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados todos aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones.

Cuando la Nación estuviere ligada a otros países por Tratados particulares de conciliación y arbitraje, se aplicarán éstos en todo lo que no contradigan los Convenios generales.

Cumplidos los anteriores requisitos, el Presidente de la República habrá de estar autorizado por una ley para firmar la declaración de guerra».

Debe destacarse de la Constitución de 1931 que, en esta materia, la regulación de la declaración de guerra se hiciera compatible con el derecho internacional, el Pacto de la Sociedad de las Naciones entonces vigente¹¹⁷. La Constitución española de 1978 no ha seguido esta línea al no tener en cuenta la regulación contenida en la Carta de las Naciones Unidas, especialmente la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones

¹¹⁶ Así, en la STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 6.

¹¹⁷ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 151, señalan que el art. 15 del Pacto de la Sociedad de las Naciones contemplaba supuestos de «guerras legales». En realidad el Pacto únicamente permitía el recurso a la guerra tras haber sometido un «desacuerdo [entre Estados] capaz de ocasionar una ruptura» al procedimiento de arbitraje o arreglo judicial o al examen del Consejo (art. 12.1 del Pacto; véase también los arts. 13 y 15). El Pacto de la Sociedad de las Naciones puede consultarse en Oriol CASANOVAS Y LA ROSA: 1990, 539-546.

internacionales¹¹⁸. Por esta razón se plantean dificultades a la hora de utilizarlo como precedente interpretativo del art. 63.3 de la Constitución de 1978.

El derecho franquista regulaba la declaración de guerra en el art. 9.b) de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, según el cual:

«El Jefe del Estado necesita una ley o, en su caso, acuerdo o autorización de las Cortes, a los fines siguientes:

- a) Ratificar tratados o convenios internacionales que afecten a la plena soberanía o a la integridad del territorio español.
- b) Declarar la guerra y acordar la paz.
- c) Realizar los actos a que hace referencia el artículo 12 de la Ley de Sucesión y los que vengan determinados en otros preceptos de las Leyes fundamentales del Reino.»

Hay que entender que la declaración de guerra estaba sometida a previa autorización de Cortes, no a la necesidad de una ley, ya que la Ley Constitutiva de las Cortes no establecía nada al respecto¹¹⁹. La regulación en el derecho franquista era, por tanto, similar a la contenida en el art. 63.3 CE.

Pienso que la Carta de las Naciones Unidas debe considerarse como el precedente legislativo más importante a la hora de interpretar la Constitución, aunque sea un tratado internacional. En primer lugar, por el fuerte contenido simbólico que ostenta la Carta, que tiene rango constitucional para la comunidad internacional¹²⁰. Además, el Estado español proclama su voluntad de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra» (preámbulo de la CE); lo que se realiza fundamentalmente a través de la Carta de las Naciones Unidas.

Desde este punto de vista, la interpretación del art. 63.3 CE debe buscar la compatibilidad con la regulación contenida en la Carta de las Naciones Unidas: la

¹¹⁸ Elisa PÉREZ VERA y Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: 1997, 275-276.

¹¹⁹ Sí requería ley aprobada por el Pleno de las Cortes, la «ratificación de tratados o convenios internacionales que afecten a la plena soberanía o a la integridad territorial española» (art. 14.I de la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, modificada por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967).

¹²⁰ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 153, consideran que «debe hacerse una lectura del capítulo VII de la Carta, y en definitiva de las competencias del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como un *dato jurídico-internacional con el que ha contado nuestro constituyente*» (la cursiva es mía).

prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, el reconocimiento del derecho de legítima defensa y el establecimiento de un sistema de seguridad colectiva en el que el Consejo de Seguridad asume un papel fundamental. Esta interpretación del art. 63.3 CE conforme a la Carta de las Naciones Unidas es, además, una exigencia del art. 96.1 CE, según el cual «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno»¹²¹.

Además de la Carta, también deberán tenerse en cuenta otras resoluciones de la Organización de Naciones Unidas. En especial, la Resolución 2695 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, «Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas»; y la Resolución 3314 (XXIX), de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, sobre la definición de la agresión.

3.4. La interpretación de la Constitución conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada

En 1978, cuando se aprueba la Constitución, los Estados que participan en guerras no llevan a cabo declaraciones formales de guerra. Este es uno de los argumentos que utiliza la doctrina para calificar el art. 63.3 CE como una norma anacrónica y desfasada. Esta circunstancia, sin embargo, era conocida por los constituyentes quienes incluyeron el mencionado precepto.

Al intérprete le quedan dos opciones. Reconocer que la declaración de guerra es una formalidad obsoleta y que, por tanto, el art. 63.3 CE carece de aplicación práctica. O, por el contrario, intentar adecuar dicho precepto a nuestra realidad actual por vía interpretativa¹²².

¹²¹ Como señalan Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 151, «Debe guiarnos, en la exégesis del precepto constitucional, hallar una interpretación a la luz del Derecho Internacional y del cumplimiento por España de sus compromisos adquiridos en ese ámbito exterior. Aunque los principios fundamentales de tal ordenamiento no han sido explícitamente recibidos en la Ley fundamental, “lo diga o no la Constitución, en el orden internacional vinculan”. Aún es más, vinculan por la recepción en bloque del Derecho internacional general a través del artículo 96.1 de la Constitución». En una línea similar Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: 1985, 128, señala la importancia que tiene la Carta de las Naciones Unidas a la hora de analizar la cuestión de la paz en la Constitución española.

¹²² Pablo LUCAS VERDÚ: 1996, 117, reconoce sin más que «las normas constitucionales han de interpretarse conforme a la realidad social del momento (art. 3.1 del C.C.)».

Esta última es la opción que adopto en este trabajo. Esta interpretación optimiza además otros elementos que ya he analizado: el hecho de que el art. 63.3 CE sea una regla y no un principio, su contextualización en un Estado democrático de Derecho, la vigencia de la Carta de las Naciones Unidas, la función del art. 63.3 CE como un mecanismo de control parlamentario sobre la actuación del Gobierno y como garantía de que el procedimiento de decisión será público.

Desde mi punto de vista, teniendo en cuenta la realidad actual, debe interpretarse que el art. 63.3 CE exige la autorización previa de las Cortes Generales para poder participar en un conflicto armado, más que una declaración formal dirigida al Estado contra el que se va a luchar. Esta interpretación tiene en cuenta las enormes transformaciones que se han producido en los conflictos armados en los últimos años.

3.5. Interpretación teleológica

¿Cuál es la función que cumple el art. 63.3 CE dentro de nuestro sistema constitucional? Considero que deben tenerse en cuenta dos aspectos: cómo afecta este artículo a la distribución de poder entre los órganos constitucionales y de qué manera afecta al principio democrático. Es decir, desde mi punto de vista, el art. 63.3 CE cumple una doble función. Por un lado, es un mecanismo de control parlamentario, por otro, es una garantía de que el procedimiento de decisión será público.

En primer lugar, el art. 63.3 CE es un mecanismo de control parlamentario de la actuación del Gobierno¹²³. Tendrá un papel muy importante en los Gobiernos en minoría. Sin embargo, hay que relativizar la eficacia de esta función de control cuando el Gobierno goza de mayoría absoluta en las Cortes. En estos casos, la «interdependencia por integración» que se produce entre los miembros del Gobierno y las Cámaras¹²⁴, el hecho de que el Gobierno disponga de la confianza mayoritaria de las Cortes generales, difumina enormemente este control.

En segundo lugar, el art. 63.3 CE puede verse como una garantía de que determinadas decisiones de especial importancia se adoptan a través de un procedimiento público, que todos los ciudadanos pueden conocer, y en el que queda

¹²³ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 149, «Así que nuestra Constitución ha conservado, como expresión máxima del control parlamentario de las situaciones extremas de política exterior –de aquellas en las que existe un conflicto armado– la necesidad de la declaración de guerra».

¹²⁴ Tomo el término *interdependencia por integración* de Karl LOEWENSTEIN: 1986, 55.

garantizado el pluralismo democrático de los diferentes puntos de vista representados en las Cortes Generales¹²⁵. La declaración de guerra es, por tanto, una importante pieza de nuestro Estado democrático (art. 1.1 CE).

3.6. Interpretación valorativa

La interpretación de la Constitución es también axiológica, valorativa. Doctrinalmente se ha entendido que la paz es un valor constitucional¹²⁶. Este valor constitucional, no recogido expresamente en el texto de nuestra norma fundamental, se deriva de la regulación contenida en el Preámbulo de la Constitución (en el que la nación española proclama su voluntad de «Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra»), y del contenido de los arts. 63.3 y 10.1 CE¹²⁷. Como valor constitucional, la paz tiene una importante eficacia interpretativa, que implica «la *orientación* de la interpretación normativa hacia soluciones que fomenten la paz social, así como la de toda nuestra política internacional en el sentido de un inequívoco pacifismo»¹²⁸.

La consecuencia de esta interpretación valorativa es, por tanto, que hay que dar la prioridad a las interpretaciones del art. 63.3 CE que fomenten una política internacional pacifista.

4. Interpretación propuesta del art. 63.3 CE

Como he analizado, considero que la interpretación del art. 63.3 CE debe tener en cuenta distintos elementos: es una regla con eficacia jurídica inmediata, se trata de un

¹²⁵ La autorización de las Cortes Generales del art. 63.3 CE cumple de esta forma una función similar a la de la reserva de ley. Sobre la función de la reserva de ley desde un paradigma social de derecho, puede verse Eduardo MELERO ALONSO: 2005, 86.

¹²⁶ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: 1985, 129-130; en sentido similar Ramón SORIANO: 1985, 149 ss.

¹²⁷ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: 1985, 125; y Ramón SORIANO: 1985, 150. El art. 10.1 CE establece que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y pe.60306(n)0.18035(a)-4.6030.958(<)38.585.508(i.5.7628()-160.153(d)0.1282(r)-

precepto claro e inequívoco, es una norma que desarrolla el contenido del Estado democrático de Derecho, su interpretación debe ser compatible con la Carta de las Naciones Unidas, se trata de un mecanismo de control parlamentario que garantiza la publicidad del procedimiento decisorio, y debe orientarse hacia la materialización del valor constitucional paz.

Resulta fundamental la interpretación del art. 63.3 de la Constitución conforme a la Carta de las Naciones Unidas, porque es la norma de derecho internacional que regula el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Con base en la regulación de la Carta se pueden plantear tres supuestos de intervenciones militares: (1) intervenciones armadas o usos de la fuerza autorizados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, (2) intervenciones armadas que implican el ejercicio del derecho de legítima defensa, y (3) usos de la fuerza no autorizados por el Consejo de Seguridad ni subsumibles dentro del ejercicio de la legítima defensa¹²⁹. En estos tres supuestos plantearé si se encuentran sometidos al requisito de la declaración formal de guerra en virtud del art. 63.3 CE.

4.1. Intervenciones armadas autorizadas por el Consejo de Seguridad de la ONU

Ya vimos que la Carta de Naciones Unidas ha establecido un sistema de seguridad colectiva, en el que el Consejo de Seguridad ejerce un papel fundamental. En virtud del art. 39 de la Carta, es el Consejo de Seguridad quien determina cuándo existe un acto de agresión; si considera que se ha producido una ruptura de la paz, recomendará o decidirá sanciones, que incluso pueden llegar a implicar el uso de la fuerza armada. En este sentido, el art. 42 de la Carta establece que en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas «podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas». Este artículo, bajo el eufemismo *la acción que sea necesaria*

¹²⁹ Tomo como base, por tanto, el esquema propuesto por Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991. Añadiendo los usos de la fuerza contrarios a la Carta de Naciones Unidas (supuesto 3).

«implica la posibilidad real del uso de la fuerza armada»¹³⁰. Estas medidas de uso de la fuerza se adoptarán cuando el Consejo considere que otras posibles medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada recogidas en el art. 41 de la Carta, «pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo».

Hay un sector doctrinal que considera que, en estos casos, no es necesaria la declaración de guerra del art. 63.3 CE¹³¹. Por un lado, se entiende que la declaración le corresponde al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹³². O que no se trataría de un acto de guerra sino de «una medida de policía internacional en el ámbito del mantenimiento de la paz»¹³³. O se señala que España se encuentra obligada a participar en el sistema de seguridad colectiva instaurado en la Carta de las Naciones Unidas¹³⁴.

Desde mi punto de vista, estos argumentos no son acertados. No tienen en cuenta que la Constitución española puede establecer requisitos adicionales no regulados en la Carta de las Naciones Unidas, requisitos que únicamente tendrán eficacia en el ordenamiento jurídico español. Y sobre todo, no tienen en cuenta de qué forma concreta la Carta obliga a los Estados a participar en las intervenciones armadas acordadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Paso a analizar detalladamente estas dos cuestiones.

En primer lugar, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, además de que la Constitución tiene rango jerárquico superior a la Carta de las Naciones Unidas, hay que partir de que el ámbito de aplicación de ambas normas no es del todo coincidente. La Carta regula las relaciones internacionales y el funcionamiento de las instituciones de Naciones Unidas, mientras que nuestra Constitución regula el funcionamiento de los órganos del Estado español. Por tanto, la Constitución puede establecer requisitos que no estén contemplados en la Carta de las Naciones Unidas, requisitos que resultarán obligatorios únicamente para la participación del Estado español en conflictos armados. Teniendo en cuenta esto, estoy de acuerdo con el argumento de que «una acción bélica dispuesta por el Consejo de Seguridad es,

¹³⁰ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 905.

¹³¹ Por el contrario, sí consideran aplicable el art. 63.3 CE en estos supuestos Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 153-154; y Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 94.

¹³² Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: 2000, 42, este autor realiza una alusión genérica a los órganos de Naciones Unidas.

¹³³ Ésta es la postura mantenida por Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, citada por Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 151. Véase también Paz ANDRÉS y Luis Ignacio SÁNCHEZ: «¿Estamos en guerra?», *El País de 9 de abril de 2003*.

¹³⁴ Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 208.

efectivamente, una “guerra”»¹³⁵. Al menos, es una guerra a efectos de la aplicación del art. 63.3 CE.

En segundo lugar, hay que analizar la cuestión de si los Estados miembros de Naciones Unidas están obligados a participar en las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad para mantener la paz y la seguridad internacionales que impliquen el uso de la fuerza.

En principio, la Carta de las Naciones Unidas reconoce la obligatoriedad de las decisiones del Consejo de Seguridad para los Estados miembros. En virtud del art. 24.1 de la Carta, los Estados miembros de las Naciones Unidas «confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad». Por otra parte, según el art. 25, «Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta».

Se establece, por tanto, una obligación de cumplir las decisiones del Consejo, pero *de acuerdo con lo que establezca la Carta*. Habrá que estar, por tanto a lo que señala la Carta en relación con las decisiones que impliquen el uso de la fuerza armada.

El precepto clave en este sentido es el art. 43 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual:

«Todos los miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un *convenio especial o con convenios especiales*, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales».

El compromiso de los Estados miembros se articula, por tanto, a través del convenio o convenios especiales. Así se reconoce expresamente en el art. 44 de la Carta, que hace referencia a que las obligaciones se contraen en virtud de convenio¹³⁶. Los

¹³⁵ Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 93.

¹³⁶ El art. 44 de la Carta de las Naciones Unidas establece que «Cuando el Consejo de Seguridad haya decidido hacer uso de la fuerza, antes de requerir a un Miembro que no esté representado en él a que

convenios «fijarán el número y clase de fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, como también la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrán de darse» (art. 43.3 de la Carta de las Naciones Unidas). Cabe que los convenios sean concertados entre el Consejo de Seguridad y Miembros individuales o entre el Consejo de Seguridad y grupos de Miembros (art. 43.3 de la Carta). En cualquier caso, los convenios «estarán sujetos a ratificación por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales». La finalidad de estos convenios era la constitución de un contingente de fuerzas armadas bajo las órdenes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; contingente que no existe ya que no se ha celebrado ningún convenio especial¹³⁷.

La obligatoriedad de participar en acciones que impliquen el uso de la fuerza acordadas por el Consejo de Seguridad queda así mediatizada por lo que establezca el convenio especial suscrito entre el Consejo de Seguridad y el Estado español¹³⁸. Si España ha celebrado un convenio especial con Naciones Unidas podría plantearse la innecesariedad de la declaración de guerra del art. 63.3 CE. Aunque incluso existiendo convenio podría ser necesaria la declaración de guerra del art. 63.3 CE, siempre que quedase en manos del Estado español la forma de ejecución de la medida, o el convenio necesitase desarrollo posterior¹³⁹. Habría que estar, por tanto, al contenido concreto del convenio especial entre Naciones Unidas y el Estado español. El hecho es, sin embargo, que este tipo de convenios especiales todavía no han sido celebrados. España sí ha firmado el Memorando de entendimiento sobre la participación en el Sistema de Fuerzas en Espera de Naciones Unidas (Stand-by Forces), el 5 de noviembre de 1999¹⁴⁰. En

provea fuerzas armadas en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del artículo 43, invitará a dicho Miembro, si éste así lo deseara, a participar en las decisiones del Consejo de Seguridad relativas al empleo de contingentes de fuerzas armadas de dicho Miembro».

¹³⁷ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 911.

¹³⁸ Dicho convenio debe ser ratificado, como señala la Carta de Naciones Unidas, «de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales» (art. 43.3). Según la Constitución española, la ratificación de un convenio especial del art. 43 de la Carta de las Naciones Unidas se realizará, en principio, según lo establecido en el art. 94.1 CE: el convenio especial debe considerarse como un tratado o convenio de carácter militar a los que hace referencia el art. 94.1.b) CE y, por tanto, su ratificación exige la previa autorización de las Cortes Generales. Si en dicho convenio se acuerda la participación automática de las Fuerzas Armadas españolas en las operaciones decididas por el Consejo de Seguridad, la ratificación deberá autorizarse por ley orgánica como establece el art. 93 CE, ya que se habrá atribuido a la ONU el ejercicio de una competencia derivada de la Constitución.

¹³⁹ En este sentido Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1997, 153-154.

¹⁴⁰ En dicho Memorandum, España mostró la disponibilidad de las siguientes unidades y medios: 1 Brigada de Infantería (aprox. 3.000 hombres); 1 Escuadrón de Aviones de transporte (4 aviones CN-235 y 50 personas); 46 Oficiales como observadores militares; 21 Oficiales de Estado Mayor y 10 Oficiales y suboficiales para integrarse en las unidades de Cuartel General.

virtud del Memorandum, España declara la «posibilidad de aportar fuerzas» al Sistema de Fuerzas en Espera de las Naciones Unidas, pero no el compromiso de hacerlo¹⁴¹. Este tipo de Memorandum de Entendimiento no es un convenio especial del art. 43 de la Carta de las Naciones Unidas. Por tanto, debe aplicarse el art. 63.3 CE cuando España participe en una intervención militar acordada por el Consejo de Seguridad que implique el uso de la fuerza.

Además de la existencia de un convenio especial (art. 43), las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad que impliquen la autorización del uso de la fuerza armada están condicionadas a que el uso de la fuerza debe hacerse conforme a los planes que realice el Consejo de Seguridad con la ayuda del Comité de Estado Mayor (art. 46 de la Carta). Esto supone que el Consejo siempre conserva el control de la aplicación de las medidas militares del artículo 42¹⁴².

Sin embargo, en la práctica el Consejo de Seguridad está dejando el control de dichas operaciones en manos de los Estados. Así, en la Resolución 678, de 29 de noviembre de 1990, que autorizó el uso de la fuerza en la que sería la Guerra del Golfo de 1991, el Consejo de Seguridad, en vez de mantener el control de las operaciones, «*Pide* a los Estados interesados que mantengan periódicamente informado al Consejo de Seguridad de lo que ocurra respecto de las medidas que se adopten de conformidad con los párrafos 2 y 3 *supra*» (apartado 4)¹⁴³. En la misma línea, la Resolución 770, de 13 de agosto de 1992, dictada en relación con la Guerra de Bosnia, «*Insta* a los Estados a que presenten al Secretario General informes sobre las medidas que tomen en coordinación con las Naciones Unidas para poner en práctica lo dispuesto en la presente resolución e *invita* al Secretario General a que mantenga en examen permanente las medidas

Sobre el Memorandum de las Stand-by Forces, véase la página web del Ministerio de Defensa (www.mde.es) dentro del apartado Política de Defensa, Organizaciones Internacionales de Seguridad y Defensa, ONU (http://www.mde.es/multiContenido.jsp?id_nodo=4055&navegacion=T&&keyword=&auditoria=F#4215).

¹⁴¹ Así, en la página web del Ministerio de Defensa citada en la nota anterior se señala que «Es conveniente resaltar que los países que se acogen a este sistema, mediante la firma del correspondiente Memorandum de Entendimiento (MOU), declaran la “posibilidad de aportar fuerzas”, no el compromiso. Esto implica que países ponen a disposición capacidades, pero no fuerzas que puedan ser utilizarlas por la Organización de forma unilateral, ya que esto supondría una cesión a la que, hoy por hoy, no están dispuestos los países, especialmente los occidentales».

¹⁴² Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 931-932.

¹⁴³ Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 939, mencionan que el Consejo dejó en manos de los Estados no sólo el control del uso de la fuerza armada, sino también la decisión sobre cuando debía cesar. En relación con la ausencia de control por parte de Naciones Unidas véase también, Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 914; y Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2003, 73.

adicionales que sean necesarias para velar por el envío sin restricciones de suministros de asistencia humanitaria» (apartado 4).

Esta práctica del Consejo de Seguridad supone, en mi opinión, un argumento más para reconocer la obligatoriedad de la aplicación del 63.3 CE cuando el Estado español participe en intervenciones armadas autorizadas por el Consejo de Seguridad. El Estado Español debe decidir sobre su participación en el conflicto armado, decisión que debe tomarse previa autorización de las Cortes Generales.

Por último, al Consejo de Seguridad le corresponde determinar si las acciones para el mantenimiento de la paz y la seguridad que impliquen el uso de la fuerza han de ser llevadas a cabo por todos los miembros de Naciones Unidas o solo por algunos¹⁴⁴. En la práctica, resulta difícil determinar a qué Estados se está refiriendo el Consejo de Seguridad¹⁴⁵. Las resoluciones suelen realizar alusiones genéricas. La Resolución 678, del Consejo de Seguridad, de 29 de noviembre de 1990, autorizaba el uso de la fuerza «a los Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait» (apartado 2); mientras que la Resolución 770, de 13 de agosto de 1992, (Bosnia), mencionaba a «los Estados» (apartado 2). En mi opinión, de estas alusiones genéricas no se deduce la obligación para los Estados miembros de Naciones Unidas de participar en las intervenciones armadas autorizadas por el Consejo de Seguridad. Dicha obligatoriedad sólo resultará cuando exista convenio especial del art. 43 de la Carta. En los demás casos, las alusiones genéricas no obligan. Lo que significa, desde la perspectiva de nuestro derecho interno, que la participación en ellas por parte del Estado español debe hacerse previa autorización del art. 63.3 CE.

Además hay que tener en cuenta que el Consejo de Seguridad de la ONU no es un órgano democrático. Sobre todo, por la distinción entre miembros permanentes y miembros no permanentes, con la atribución de derecho de veto a los miembros permanentes¹⁴⁶. Estos países, sobre todo Estados Unidos y la entonces Unión Soviética,

¹⁴⁴ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otras: 2002, 912, señalan que «también corresponde al Consejo de Seguridad –lo que evidencia una vez más el papel absolutamente hegemónico que la Carta atribuye a este órgano– determinar si las acciones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que previamente ha decidido, serán ejercidas “por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por alguno de ellos” (art. 48.1); y éstos tienen la obligación de prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad” (art. 49)».

¹⁴⁵ Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 949.

¹⁴⁶ Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2000, 124, señala el sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas es arbitrario debido al veto, un mecanismo que califica como «anacrónico y antidemocrático». Además del veto, Antonio REMIRO BROTONS: 1999b, 33, también hace referencia a que las modificaciones de la Carta de las Naciones Unidas requieren para su entrada en vigor la ratificación de

han utilizado y utilizan al Consejo de Seguridad como un instrumento de sus propias políticas. Desde la perspectiva interna del derecho español la declaración de guerra del art. 63.3 CE aparece como un correctivo democrático ante las decisiones de un órgano internacional no democrático. Si no, quedaría en manos de las grandes potencias, la soberanía del Estado español.

Uno de los argumentos que se han empleado para considerar no aplicable el art. 63.3 CE a los casos en que el Consejo de Seguridad autoriza el uso de la fuerza es entender que se trata de medidas de policía internacional y no de una guerra. Este argumento fue empleado por Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, para justificar el envío de una fragata y dos corbetas españolas para participar en el bloqueo a Irak¹⁴⁷.

Desde mi punto de vista, esta interpretación, que se basa en un puro nominalismo, vacía de contenido la posible aplicación del art. 63.3 CE. Como ya he señalado, considero que la autorización del uso de la fuerza para realizar intervenciones militares, debe considerarse como guerra, a efectos del art. 63.3 CE. Es precisamente uno de los supuestos en los que la participación en la guerra es constitucional al estar permitido por la Carta de las Naciones Unidas. El Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas recoge distintos supuestos de medidas de policía internacional (si queremos llamarlas así). Pero hay una de ellas especialmente grave, la autorización del uso de la fuerza, que exige, conforme a la Constitución española, la autorización de las Cortes

dos tercios de los miembros de la Organización, incluidos todos los miembros permanentes del Consejo (arts. 108 y 109.2 de la Carta).

¹⁴⁷ En la sesión de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso, de 8 de enero de 1991, el diputado del Grupo Popular, Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, consideró que el conflicto del Golfo: «Es claro que no es nuestra guerra. No es nuestra guerra por muchas cosas, en primer lugar, porque no hay guerra ahora; en segundo lugar, porque si hubiera medidas de fuerza no se trataría de una guerra, se trataría de medidas adoptadas en el marco del artículo 48 de la Carta de Naciones Unidas, ni siquiera en el marco del artículo 51, y esta distinción jurídica creo que es importante porque daría lugar, en el caso de que España participara en estas medidas, no a la aplicación de lo previsto en el artículo 63.3 de la Constitución sobre la declaración de guerra, sino de lo previsto en el artículo 97 de la Constitución, es decir, que es el Gobierno el que a cargo de la defensa nacional y como responsable de las Fuerzas Armadas, puede tomar las medidas necesarias, bajo el control genérico del Parlamento, en virtud del artículo 66. Es decir, no es nuestra guerra porque no hay guerra, y si hubiera medidas de fuerza no sería una guerra, sería otra cosa»; citado por Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ PRAT: 1991, 151.

En la misma línea, Consuelo RAMÓN CHORNET: 2005, 684, considera que «Las formas de uso lícito de la fuerza ya no son guerra, sino algo que debería entenderse, en todo caso, como medidas de policía internacional en el ámbito del mantenimiento de la paz, y de conformidad con las reglas establecidas en el Capítulo VII de la Carta».

Luigi FERRAJOLI: 2004, 32-33, 67-68 y 82, también distingue entre guerra y el empleo de la fuerza regulado en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. FERRAJOLI, sin embargo, lleva a cabo una interpretación estricta de los requisitos del capítulo VII de la Carta –exigiendo el control del Consejo de Seguridad y la dirección estratégica del Comité de Estado Mayor–, por lo que considera que la guerra del Golfo de 1991, aunque autorizada por el Consejo de Seguridad, fue contraria a la Carta de las Naciones Unidas (pág. 33). Además hay que tener en cuenta que este autor no analiza el ámbito de aplicación del art. 63.3 de la Constitución española.

para que las Fuerzas Armadas españolas puedan intervenir. Las medidas que no implican el uso de la fuerza no se incluyen en el art. 63.3 CE.

En cualquier caso, creo que no es un buen enfoque del problema la distinción nominalista entre guerra y actuación de policía internacional. El enfoque del problema es si se han transferido al Consejo de Seguridad las competencias constitucionales relacionadas con la participación en conflictos armados que, en nuestro ordenamiento, se formalizan a través de la declaración de guerra del art. 63.3 CE. Las condiciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas son: autorización expresa del Consejo de Seguridad, convenio especial del art. 43, y que el Consejo mantenga el control de las operaciones a través de su Estado Mayor. Condiciones que deben darse de forma acumulativa. Como no se han cumplido dichos requisitos en la realidad, creo que desde el principio del Estado de Derecho hay que entender que es una competencia cuyo ejercicio sigue estando en manos de las Cortes Generales y del Gobierno español.

En definitiva, si el Estado español quiere participar en una intervención militar en un conflicto armado acordada por el Consejo de Seguridad debe cumplir los trámites establecidos en el art. 63.3 CE. Trámites que no pueden ser sustituidos por la autorización previa del Consejo de los Diputados regulada en el art. 17 LODN, ya que este precepto no es desarrollo del art. 63.3 CE. Por otra parte, quiero resaltar que la propia LODN no exige previa autorización del Congreso si la intervención militar está directamente relacionada con la defensa de España o del interés nacional.

4.2. Legítima defensa

A efectos de análisis conviene distinguir entre la legítima defensa individual y la legítima defensa colectiva. En este segundo caso hay que tener en cuenta que España forma parte de la OTAN y que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aunque es difícil que entre en vigor, también establece una cláusula de defensa mutua.

4.2.1. Legítima defensa individual

Como ya vimos, uno de los requisitos de la legítima defensa es que la respuesta ha de ser inmediata. Este requisito, unido a la necesidad de proteger la soberanía del Estado hace que si quiere ser eficaz la respuesta frente a un ataque armado, no puede

estar condicionada a la necesidad de una previa declaración de guerra. Sería la situación de estado de necesidad la que justificaría la no aplicación del art. 63.3 CE.

Algunos autores entienden sin más que la legítima defensa no requiere previa declaración de guerra¹⁴⁸. En la misma línea, se ha partido de una interpretación teleológica del art. 8.1 CE y en argumentos de eficacia¹⁴⁹. Por último, hay quien entiende que la declaración de guerra no es necesaria frente a una agresión porque el derecho internacional no condiciona el uso de la fuerza a una declaración formal de guerra y porque el art. 63.3 CE no ha señalado los supuestos en que es obligatoria la declaración de guerra, ni ha desarrollado las condiciones, limitaciones y efectos de tal declaración¹⁵⁰.

Más ponderada es la postura que entiende que no es necesaria la declaración de guerra en el primer momento, teniendo en cuenta el requisito de inmediatez de la legítima defensa y que la exigencia de previa declaración pondría en peligro la eficacia del ejercicio de la legítima defensa; pero sí puede ser necesaria en la medida en que se alarguen en el tiempo las medias de defensa¹⁵¹.

Desde mi punto de vista, en los supuestos de legítima defensa individual no es exigible la autorización previa de las Cortes conforme al art. 63.3 CE. En estos casos, la excepcionalidad de la situación admite esta interpretación del art. 63.3 CE, contraria, en principio, al tenor literal de este precepto.

La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional no exige autorización previa del Congreso de los Diputados para ordenar operaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior que estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional (art. 17.1 LODN). Este precepto pretende ampliar la legítima defensa a la defensa del interés nacional. En mi opinión, las operaciones directamente relacionadas con la defensa de España son las realizadas en el ejercicio del derecho de legítima defensa. Las operaciones directamente relacionadas con la defensa de los intereses nacionales no pueden ser contrarias a la prohibición de la amenaza y el

¹⁴⁸ Elisa PÉREZ VERA y Alejandro J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: 1997, 275; y José A. PASTOR RIDRUEJO: 2003, 611.

¹⁴⁹ Así, Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 92, señala que «Si la “declaración” se exigiera también para responder a una agresión nos encontraríamos con el eventual esperpento de ver cómo el enemigo podría avanzar sobre España sin que el Ejército le repeliera hasta que las Cortes se reunieran, votaran favorablemente la declaración y el Rey asintiese a la misma».

¹⁵⁰ Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 200-201.

¹⁵¹ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 154. Véase también Paz ANDRÉS y Luis IGNACIO SÁNCHEZ: «¿Estamos en guerra?», *El País* de 9 de abril de 2003.

uso de la fuerza (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas) y han de ser autorizadas conforme al art. 63.3 CE si suponen la participación en un conflicto armado.

En cualquier caso, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, si el Estado español ejerce su derecho de legítima defensa individual ha de informar al Consejo de Seguridad y las acciones que adopten serán subsidiarias de lo que decida el Consejo (art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas)¹⁵².

4.2.2. *Legítima defensa colectiva*

La legítima defensa colectiva se encuentra sujeta a los mismos requisitos que la legítima defensa individual. La legítima defensa colectiva se articula por dos vías: a solicitud de un Estado que sufre un ataque armado si no existe un convenio de defensa mutua¹⁵³, y también a través de un tratado de este tipo.

En los supuestos de existencia de un tratado de legítima defensa, hay algún autor para quien no es necesaria en estos casos la declaración de guerra del art. 63.3 CE¹⁵⁴. Sin embargo, esta postura no tiene en cuenta que habrá que estar al carácter del tratado para ver si tal excepción es constitucional o no.

El único supuesto en que no resultará aplicable el art. 63.3 CE es que España forme parte de un tratado defensivo celebrado al amparo del art. 93 CE. Es decir, que se trate de un tratado por el que se atribuye a una organización internacional el ejercicio de competencias constitucionales, en concreto, la competencia de decidir sobre la implicación en un conflicto armado y la de señalar las modalidades de ayuda militar al Estado agredido¹⁵⁵.

El Tratado del Atlántico Norte no es un tratado del art. 93 CE, sino del art. 94.1.b) CE («Tratados o convenios de carácter militar»)¹⁵⁶. Así lo reconoce

¹⁵² He analizado los requisitos del derecho de legítima defensa reconocido en la Carta de las Naciones Unidas en el capítulo 1, apartado 2.1.2.

¹⁵³ Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 17.

¹⁵⁴ Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: 2000, 42-43, señala que el uso de la fuerza puede ser acordado por otras organizaciones regionales, las cuales suplirán la declaración de la cada Estado. Su argumento se basa en la OTAN (ver nota 154).

¹⁵⁵ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 154-155.

¹⁵⁶ El Consejo de Estado considera que «el Tratado se encuadra plenamente, por su naturaleza, tanto en el apartado *a*), tratados de carácter político, como en el apartado *b*), tratados o convenios de carácter militar» del art. 94.1 CE; Dictamen del Consejo de Estado sobre la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte a consulta del Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores, de 27 de agosto de 1981 (apartado 2. Consideraciones. 2.3. Necesidad de la autorización de las Cortes Generales conforme al artículo 94 de la Constitución Española; puede consultarse en C. ARENAL MOYÚA y F. ALDECOA LIZÁRRAGA: 1986, 39).

expresamente el Instrumento de Adhesión del Reino de España al Tratado del Atlántico Norte¹⁵⁷:

«Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución y, por consiguiente, cumplidos los requisitos exigidos por la Legislación española, extendiendo el presente Instrumento de Adhesión del Reino de España al Tratado del Atlántico Norte, para que mediante su depósito y de conformidad con lo dispuesto en su artículo 10, el Reino de España pase a ser Parte en dicho Tratado»¹⁵⁸.

Del propio articulado del Tratado del Atlántico Norte tampoco se deriva esa excepción. Precisamente, en el art. 11 del Tratado se establece que: «Este Tratado será ratificado, y sus disposiciones, aplicadas por las Partes conforme a sus preceptos constitucionales respectivos». Es decir, que la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte no modifica las competencias que la Constitución española atribuye en materia de defensa a los órganos del Estado. Éstos seguirán ejerciendo sus competencias conforme a lo que establece la Constitución española¹⁵⁹. Como señala el Nuevo

¹⁵⁷ Publicado en el BOE de 31 de mayo, páginas 14393 y 14394.

¹⁵⁸ El art. 94 CE exige autorización previa de las Cortes Generales para adoptar los tratados de carácter militar (entre otros). Precisamente, el acuerdo de autorización de las Cortes Generales para la adhesión del Reino de España al Tratado del Atlántico Norte establecía en su punto I: «Autorizar al Gobierno, en los términos establecidos en el artículo 94.1 de la Constitución, para que pueda presentarse el consentimiento que obliga al Estado en relación con la adhesión al Tratado del Atlántico Norte, depositando el correspondiente instrumento de adhesión». El texto del acuerdo se encuentra en Nila TORRES UGENA: *Textos normativos de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1648-1649, nota 11.

¹⁵⁹ Como señaló el Consejo de Estado: «la adhesión a éste [el Tratado del Atlántico Norte] no conlleva en modo alguno la cesión de ejercicio de aquellas competencias a una organización internacional [competencias entre las que se encuentran las recogidas en el art. 63.3 CE]. Es decir, que las competencias en materia de defensa previstas en la Constitución seguirán siendo ejercidas por los mismos órganos constitucionales que las tienen atribuidas, aunque España se adhiera al Tratado del Atlántico Norte.

Y ello porque la estructura institucional prevista en el Tratado para la adopción de las decisiones en el seno de la alianza –fundamentalmente, el Consejo del Atlántico Norte– responde a un esquema paritario en el que nada se acuerda sin la *unanimidad* de los Estados miembros. Con este sistema de adopción de decisiones, se garantiza la posición soberana del Estado miembro, pues la dependencia o autonomía de la decisión está salvaguardada por la unanimidad, de modo que ninguna decisión no querida podrá serle impuesta. La autonomía decisoria se refuerza *ad intra* con el artículo 10 [debería remitirse artículo 11] del Tratado que dispone que éste será aplicado conforme a los principios constitucionales de los Estados partes, de forma que nada empece el reparto de competencias trazado en nuestra Constitución y que ha quedado bosquejado más atrás.

Plena confirmación de todo lo expuesto es la previsión del *casus foederis* del tan citado artículo 5, en el que, si bien existe como en toda alianza la obligación de asistencia recíproca, se deja al arbitrio de cada parte la adopción de las medidas concretas en que se manifiesta dicha asistencia». Dictamen del Consejo de Estado sobre la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte a consulta del Excmo. Sr.

Concepto Estratégico de la Alianza en su apartado 31, el art. 11 del Tratado del Atlántico Norte también resulta aplicable a las llamadas «operaciones de respuesta a las crisis no previstas por el artículo 5»¹⁶⁰. Por tanto, las decisiones de los órganos de la OTAN no impiden la aplicación del derecho interno de cada Estado miembro. Y nuestro derecho interno, el art. 63.3 CE, establece precisamente que debe autorizarse previamente por las Cortes Generales la participación en un conflicto armado.

Pasando al contenido del art. 5 del Tratado del Atlántico Norte, en el que se recoge la obligación de asistencia mutua en caso de agresión, la doctrina entiende que «en caso de guerra los Estados signatarios contraen la obligación automática e incondicional de asistir *individualmente* a la Parte atacada, pero cada Estado parte es de iure soberano para elegir la acción que estime necesaria para ayudar a la otra Parte a repeler el ataque y restablecer la paz»¹⁶¹.

Además del Tratado del Atlántico Norte, el Estado español también podría verse vinculado por la cláusula de defensa mutua en casos de legítima defensa establecida en el art. I-47.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, siempre que dicho tratado entre en vigor. La peculiaridad en este caso es que este tratado se encuadra, en principio, dentro del supuesto del art. 93 CE, ya que supone la atribución de competencias derivadas de la Constitución a una organización internacional.

Ministro de Asuntos Exteriores, de 27 de agosto de 1981 (apartado 2. Consideraciones. 2.4. Análisis del artículo 93 en relación con el Tratado del Atlántico Norte; puede consultarse en C. ARENAL MOYÚA y F. ALDECOA LIZÁRRAGA: 1986, 41).

¹⁶⁰ Este apartado concluye con la siguiente frase: «Habida cuenta la necesidad de solidaridad y cohesión en el seno de la Alianza, la participación en cualquier operación o misión de esta naturaleza seguirá estando sometida a las decisiones que tomen los Estados miembros de conformidad con sus constituciones nacionales».

¹⁶¹ Araceli MANGAS: 1983, 28, al analizar el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte señala que «Así pues en caso de guerra los Estados signatarios contraen la obligación automática e incondicional de asistir *individualmente* a la Parte atacada, pero cada Estado parte es de iure soberano para elegir la acción que estime necesaria para ayudar a la otra Parte a repeler el ataque y restablecer la paz. En el plano *colectivo* los Estados miembros no están obligados a llevar a cabo una acción conjunta. Si bien los Estados Partes tienen la obligación de esforzarse por llevar a cabo una acción concertada de asistencia al miembro atacado, aquella no es una obligación automática, pues requiere el acuerdo de las partes». En la misma página, citando el art. 11 del Tratado del Atlántico Norte señala «no hay automatismo entre el Pacto de Ayuda Mutua y la eventual acción de guerra en defensa de la Parte aliada agredida», «en definitiva, cada Estado decide sobre la disposición de sus Fuerzas Armadas bajo un sistema de defensa integrada». Doctrina seguida por Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 155. Véase también, desde el punto de vista histórico, Fernando HERNÁNDEZ HOLGADO: 2000, 34-35, quien analiza el proceso de formación de la OTAN en las págs. 29-35.

Crítica como ficticia la doctrina de Araceli MANGAS, Antonio Francisco FERNÁNDEZ TOMÁS: 2001, 212-213. Aunque Araceli MANGAS: 1983, 53-55, también señala que, en la práctica, si un Estado se integra en la estructura militar de la OTAN y pone fuerzas a su disposición, estas podrán utilizarse de forma automática ante una agresión; desvirtuándose así el contenido de las obligaciones del art. 5 del Tratado del Atlántico Norte.

Sin embargo, el art. I-47.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no atribuirá a ninguna de las instituciones de la Unión Europea la decisión sobre las medidas concretas que habrán de adoptarse en caso de que un Estado miembro sufra un ataque armado. Como ya señalé, la decisión en cuanto a la adopción de dichas medidas seguirá en manos de cada uno de los Estados miembros de la Unión, lo que resulta además coherente con el Tratado del Atlántico Norte¹⁶².

4.3. Actos de agresión: intervenciones armadas que no suponen el ejercicio del derecho de legítima defensa y que tampoco son autorizadas por el Consejo de Seguridad

La prohibición del uso y amenaza de la fuerza recogida en el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas tiene dos excepciones: (1) uso de la fuerza autorizado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta y (2) el derecho de legítima defensa (art. 51 de la Carta). Estos son los supuestos que he analizado anteriormente.

Sin embargo, creo que conviene profundizar un tercer supuesto: intervenciones armadas no autorizadas por el Consejo de Seguridad y que no suponen el ejercicio del derecho de legítima defensa¹⁶³. Una razón para incluir este tercer supuesto es que el derecho internacional es un sistema imperfecto en el que la responsabilidad por su incumplimiento se diluye enormemente. Pero es que además este tipo de intervenciones se están produciendo en la realidad: muestras de ello son los bombardeos a Serbia en 1999, pretendidamente amparados en motivos humanitarios, la guerra de Afganistán en 2001, pretendidamente amparada en el derecho de legítima defensa, y la guerra de Irak de 2003. En mi opinión, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional pretende otorgar amparo legal a este tipo de intervenciones militares. El art. 17.1 LODN no exige la autorización previa del Congreso de los Diputados para las operaciones en el exterior que estén directamente relacionadas con la defensa de España

¹⁶² Véase capítulo 1, epígrafe 2.3.2.

¹⁶³ No tienen en cuenta este supuesto Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 151, ya que consideran que el ámbito de aplicación del art. 63.3 CE se limita a los supuestos de guerra autorizados por el Derecho Internacional. Sí lo tienen en cuenta Paz ANDRÉS y Luis Ignacio SÁNCHEZ: «¿Estamos en guerra?», *El País de 9 de abril de 2003*; quienes señalan que «si bien conforme a la legalidad internacional sólo cabe declarar usos de la fuerza autorizados, no se puede olvidar que las prohibiciones no siempre impiden la comisión de ilícitos y, por tanto, no hay que descartar la hipótesis de que España pretenda embarcarse en una acción militar no permitida», «En nuestra opinión, en este caso sería también de aplicación el artículo 63.3. Si no, se caería en el absurdo de que sólo cabe control parlamentario de las actuaciones lícitas mientras que las ilícitas, precisamente cuando el control por las Cámaras sería de mayor utilidad, quedan en manos exclusivas del Gobierno».

o del interés nacional; y el art. 19 tampoco somete estas operaciones al derecho internacional.

He dividido los supuestos de actos de agresión en tres casos típicos, los que desde mi punto de vista se están planteando tanto a nivel doctrinal como en la vida real. Se trata de: (1) la legítima defensa preventiva, (2) las intervenciones militares humanitarias y (3) las intervenciones armadas de la OTAN o de la Unión Europea que van más allá de la legítima defensa colectiva y no cuenten con la autorización del Consejo de Seguridad.

Estas intervenciones militares son contrarias a la Carta de las Naciones Unidas. Incluso podrían suponer, desde el punto de vista del derecho internacional, la comisión de un crimen internacional. El art. 5.1.d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, incluye el «crimen de agresión» entre los crímenes frente a los que es competente la Corte. Sin embargo, todavía no ha sido desarrollado (art. 5.2 del Estatuto)¹⁶⁴. La competencia de la Corte, en relación con el crimen de agresión es, por tanto, sólo formal; la Corte no podrá enjuiciar estos delitos hasta que se lleve a cabo la definición del delito y se establezcan las condiciones del ejercicio de su competencia¹⁶⁵.

Conviene analizar estas cuestiones en profundidad, sobre todo teniendo en cuenta los intentos doctrinales de legitimar este tipo de guerras, de considerarlas como *guerras justas*. Incluso se ha mantenido la constitucionalidad de alguno de estos supuestos. Como ya he señalado, la Carta de las Naciones Unidas, por vía interpretativa, complementa la regulación del art. 63.3 CE. La Carta no autoriza las intervenciones armadas sin autorización del Consejo de Seguridad y sin que se den los requisitos de la legítima defensa. Al ser contrarias a la Carta, estas intervenciones armadas también vulneran la Constitución española.

4.3.1. Legítima defensa preventiva

La legítima defensa preventiva no está permitida en la Carta de las Naciones Unidas. Pese a ello, se ha planteado la constitucionalidad de este tipo de intervenciones

¹⁶⁴ Según el art. 5.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: «La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas».

¹⁶⁵ Isabel LIROLA DELGADO y Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ: 2001, 131, quienes también señalan que la definición de crimen de agresión no está exenta de problemas (págs. 130-132). En el mismo sentido, Yamila FAKHOURI GÓMEZ: 2005, 99-100.

militares. Así, Carlos RUIZ MIGUEL ha llegado a afirmar que la legítima defensa preventiva es legítima constitucionalmente, basándose en que la defensa nacional además de la integridad territorial incluye la defensa de distintos intereses estratégicos¹⁶⁶, y teniendo en cuenta que la Constitución es la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁷.

Esta posición es coherente con la ampliación del concepto de defensa nacional a la que he hecho referencia anteriormente¹⁶⁸. En el mismo sentido, el art. 17.1 LODN no exige autorización del Congreso de los Diputados para ordenar operaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior *directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional*.

Sin embargo, esta interpretación no tiene en cuenta que la Carta de las Naciones Unidas es una norma obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico. Los poderes públicos no sólo se encuentran sometidos a la Constitución, sino al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Por otra parte, no parece razonable desentenderse de la Carta de las Naciones Unidas a la hora de interpretar el art. 63.3 CE, ya que la Carta puede considerarse como un precedente legislativo de la norma constitucional, y la paz es un valor constitucional que se encuentra garantizado en el ámbito internacional a través de la Carta de las Naciones Unidas¹⁶⁹.

La legítima defensa preventiva no es válida para nuestro ordenamiento, además, porque España es parte de la Carta de las Naciones Unidas. La legítima defensa preventiva vulnera la Carta de las Naciones Unidas y, al mismo tiempo, la Constitución.

En cualquier caso, conviene plantear este supuesto en cuanto a su posible control jurisdiccional por los tribunales contencioso-administrativo españoles. El problema real no es que se declare formalmente la guerra en estos casos, sino que se interviene en conflictos armados sin la autorización de las Cortes Generales como establece el art. 63.3 CE. Si la práctica habitual es que las intervenciones armadas no se someten a una declaración formal de guerra, mucho menos sucederá en estos supuestos. Sin embargo,

¹⁶⁶ Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 94. Se basa en Lorenzo COTINO HUESO: 2002, 134, recogiendo la siguiente cita «la defensa del Estado español no tiene porqué significar únicamente la estricta defensa y garantía de la integridad territorial española, sino también la defensa de diversos intereses estratégicos españoles, lo cual puede implicar acciones militares que no se desarrollen en el ámbito territorial del Estado».

¹⁶⁷ Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 95, señala que «puede darse el caso de que una guerra sea lícita constitucionalmente pero no internacionalmente. Desde el punto de vista normativo, la ilicitud internacional no es óbice a la licitud constitucional en tanto en cuanto la Constitución es la norma suprema del ordenamiento».

¹⁶⁸ Véase capítulo 1, epígrafe 2.2.3.

¹⁶⁹ He analizado estas dos cuestiones en el capítulo 2, epígrafes 3.3 y 3.6 respectivamente.

ello sí tendrá importancia en cuanto al control judicial de estos actos, sobre todo, en relación con las medias cautelares que se pueden adoptar¹⁷⁰.

4.3.2. *Intervenciones armadas “humanitarias”*

¿Está permitido el uso de la fuerza armada con la finalidad de proteger los derechos humanos aunque no exista autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas? ¿Son constitucionales estos supuestos?

Hay un sector de la doctrina internacionalista que justifica este tipo de intervenciones cuando se vulnera alguna norma imperativa en materia de derechos humanos¹⁷¹. Partiendo de la idea de que al Consejo de Seguridad le corresponde la responsabilidad primordial pero no exclusiva en el sistema de seguridad internacional, se considera que si el Consejo de Seguridad no actúa ante estos casos de violaciones, los Estados que intervinieran para terminar con esas violaciones de derechos humanos actuarían conforme al derecho internacional¹⁷².

Este supuesto también debe ser considerado inconstitucional. Vulnera la Carta de las Naciones Unidas, norma que señala expresamente que los Estados miembros «arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos» (art. 2.3 de la Carta), y establece la prohibición del uso y amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta). La Carta no prevé que los Estados miembros puedan utilizar la fuerza armada contra otro Estado para poner fin a violaciones de derechos humanos¹⁷³. Las intervenciones armadas humanitarias son contrarias a la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, también vulneran la Constitución española, cuyo art. 63.3 CE debe interpretarse teniendo en cuenta el contenido de la Carta¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Sobre las medidas cautelares véase capítulo 5, epígrafe 4.

¹⁷¹ Y no sólo la doctrina. Véase también el *Libro Blanco de Defensa 2000*, analizado en el capítulo 2, epígrafe 2.2.3.

¹⁷² Romualdo BERMEJO GARCÍA: 1999, 10-14.

En contra de esta interpretación, puede verse Elena ÁLVAREZ LÓPEZ: 2000, 34, quien considera que es necesaria autorización previa por el Consejo de Seguridad.

¹⁷³ Araceli MANGAS MARTÍN: 2005, 334.

¹⁷⁴ He considerado que la Carta de las Naciones Unidas es un precedente legislativo que ha de tenerse en cuenta en la interpretación del art. 63.3 CE en el capítulo 2, epígrafe 3.3.

4.3.3. *Intervenciones expansionistas de la OTAN y de la UE*

No se trata aquí de analizar la posibilidad de que la OTAN y la UE sean consideradas como organizaciones regionales a las que el Consejo de Seguridad puede atribuir la puesta en práctica del uso de la fuerza. Como hemos visto, ello es posible porque se entiende que se cumplen con las condiciones del Capítulo VIII de la Carta de Naciones Unidas¹⁷⁵.

En el caso de la OTAN, me refiero al uso de la fuerza armada por esta organización más allá de lo que establece el Tratado del Atlántico Norte y sin contar con autorización del Consejo de Seguridad de la ONU. Se trata de un tipo de intervenciones a las que abre la puerta el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de 1999 y que ya se han producido en la realidad, como en los bombardeos sobre Serbia. Estas intervenciones se intentan legitimar como intervenciones humanitarias o, en su caso, como legítima defensa preventiva.

Estas intervenciones no sólo vulneran la Carta de las Naciones Unidas, sino también el propio Tratado del Atlántico Norte, cuyo articulado se subordina expresamente a la Carta de la ONU¹⁷⁶. Se vulnera así también, doblemente la Constitución española.

En el fondo hay que plantearse la constitucionalidad del Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN. Formalmente no es un tratado, sino una declaración política. Sin embargo, desde mi punto de vista, hay que considerarlo materialmente como un tratado o un convenio de carácter político militar. El Nuevo Concepto Estratégico implica una modificación de hecho del contenido del Tratado del Atlántico Norte. Y esta modificación se ha llevado a cabo sin ninguna de las formalidades establecidas en nuestra Constitución. Al ser calificado como un tratado o convenio de carácter político-militar, exige la previa autorización por las Cortes Generales, según establece el art. 94.1.a) y b) CE. Autorización que no se ha producido, saltándose así las exigencias de nuestro Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

La Unión Europea también puede realizar intervenciones armadas expansionistas, con base en el art. 17.2 del Tratado de la Unión Europea y en el art. I-

¹⁷⁵ Capítulo 1, epígrafe 2.1.3.

¹⁷⁶ La doble contradicción, tanto de la Carta ONU como del Tratado del Atlántico Norte, de los bombardeos de la OTAN sobre Serbia («aplicación anticipada del nuevo “concepto estratégico”») ha sido señalada por Antonio REMIRO BROTONS: 1999a, 21.

41.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Como ya señalé, estas normas no establecen expresamente que las intervenciones que supongan el uso de la fuerza armada exigen una resolución previa del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizando el uso de la fuerza, ni tampoco se hace referencia a la resolución previa en los informes aprobados por el Consejo Europeo en materia de Política Europea de Seguridad y Defensa¹⁷⁷. Estas intervenciones armadas se intentarán legitimar bajo la categoría de las intervenciones militares humanitarias o como legítima defensa preventiva. Pero, al igual que sucede con las intervenciones expansionistas de la OTAN, vulneran la Carta de las Naciones Unidas.

Desde del punto de vista del ordenamiento jurídico español, merece la pena destacar la apoblematización en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional de las intervenciones armadas decididas en el ámbito de la OTAN o de la Unión Europea. Así, el art. 19 LODN establece las siguientes condiciones de las misiones en el exterior:

«Artículo 19. Condiciones.

Para que las Fuerzas Armadas puedan realizar misiones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, se deberán cumplir las siguientes condiciones:

- a) Que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el marco de sus respectivas competencias.
- b) Que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones.
- c) Que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los principios del derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución.»

¹⁷⁷ He analizado estas cuestiones en el Capítulo 1, epígrafe 2.3.1.

Este precepto no establece de forma clara que el único organismo internacional que puede autorizar el uso de la fuerza es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. De este modo, se sitúa en una ambigüedad que permite legitimar las intervenciones militares expansionistas de la OTAN y de la UE. Como he señalado estas intervenciones son contrarias a la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, incumplen la condición establecida en el apartado c) del art. 19 LODN.

El problema real surge si las intervenciones militares de la OTAN y de la UE se consideran directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, en cuyo caso la LODN no las somete ni a autorización previa del Congreso de los Diputados (art. 17.1 LODN), ni a su conformidad con la Carta de las Naciones Unidas ni con las demás condiciones establecidas en el art. 19 LODN. Esta posible interpretación de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional ha de considerarse contraria al art. 63.3 CE. En mi opinión, la Constitución española impone que toda participación en un conflicto armado deba ser acordada según los trámites establecidos en el art. 63.3 CE. El ámbito de aplicación de los arts. 17 y 19 LODN debe limitarse a las operaciones militares que no supongan la intervención en un conflicto armado participando en las hostilidades.

5. Relación existente entre el art. 63.3 CE y el art. 17 LODN

Como ya he señalado, el art. 17.1 LODN exige la previa autorización del Congreso de los Diputados para ordenar «operaciones [de las Fuerzas Armadas] en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional». Aunque la LODN alude a la declaración de guerra en sus arts. 3 y 4.1.e), no establece cómo se articulan el art. 63.3 CE y el art. 17 LODN. Esta cuestión resulta muy problemática porque el Título III de la LODN que regula las «Misiones de las Fuerzas Armadas y su control parlamentario» (arts. 15 a 19) no incluye ninguna referencia al art. 63.3 de la Constitución.

Yo interpreto que esta regulación manifiesta la voluntad del legislador de que el art. 17 LODN sustituya o, al menos, desplace en su aplicación al art. 63.3 CE. En mi opinión, el art. 17 LODN no puede sustituir al art. 63.3 CE, eso sería inconstitucional

porque, como he señalado, el art. 63.3 de la Constitución es una norma directamente aplicable y no puede ser desplazada por una norma de rango inferior.

Desde mi punto de vista, la regulación contenida en el art. 17.1 LODN no puede considerarse como desarrollo legal del art. 63.3 CE. En primer lugar, porque el Título III de la LODN que regula las «Misiones de las Fuerzas Armadas y su control parlamentario» no contiene ninguna referencia expresa al art. 63.3 de la Constitución. Además, el órgano que concede la autorización del art. 17 LODN no son las Cortes Generales, como establece el art. 63.3 CE, sino únicamente el Congreso de los Diputados. El art. 17 LODN tampoco reconoce ningún papel al Rey, en claro contraste con el art. 63.3 CE. Por último, la propia LODN considera que se trata de dos cuestiones diferentes ya que, por un lado, señala que las Cortes Generales acuerdan la autorización a que se refiere el art. 63.3 CE [art. 4.1.e) LODN] y, por otro, establece que el Congreso de los Diputados autoriza, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en dicha ley (art. 4.2 LODN).

Partiendo de esta distinción entre los dos preceptos, recogida, al menos nominalmente, en la LODN, propongo la siguiente articulación entre el art. 63.3 CE y el art. 17 LODN.

[1] Las operaciones de las Fuerzas Armadas que impliquen la participación en un conflicto armado, llevar a cabo acciones armadas, requieren previa declaración de guerra conforme al art. 63.3 CE, salvo que se trate de una operación en ejercicio del derecho de legítima defensa individual. Teniendo en cuenta que siempre han de ser conformes con la Carta de las Naciones Unidas, y, si no se llevan a cabo en legítima defensa han de estar autorizadas previamente por el Consejo de Seguridad.

Entiendo que las operaciones realizadas en el ejercicio de legítima defensa son las operaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior que están directamente relacionadas con la defensa del Estado, según la terminología del art. 17 LODN. Es perfectamente constitucional no exigir autorización de las Cortes Generales en este caso. Lo que no es admisible es que estas operaciones no estén sometidas a la Carta de las Naciones Unidas, como pretende hacer el art. 19 LODN. La Carta de las Naciones Unidas forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 96.1 CE y, por tanto, las operaciones en legítima defensa se encuentran sometidas a los requisitos y condiciones establecidos en el art. 51 de la Carta.

[2] Las «operaciones [de las Fuerzas Armadas] en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional», siempre que además no impliquen la participación en un conflicto armado llevando a cabo acciones militares, han de ser autorizadas por el Congreso de los Diputados en virtud del art. 17 LODN. Si suponen la participación en un conflicto armado deberán ser autorizadas con base en el art. 63.3 CE.

[3] Queda una zona gris, las operaciones en el exterior directamente relacionadas con la defensa del interés nacional. Según la LODN, estas operaciones no se someten ni a la autorización previa del Congreso de los Diputados (art. 17.1 LODN), ni a las condiciones señaladas en el art. 19 LODN, entre ellas, la conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional (art. 19.c) LODN).

Como ya he señalado, considero que el interés nacional hace referencia a «los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España», mencionados en el art. 4.a) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia¹⁷⁸. Nos encontramos, por tanto, ante operaciones de las Fuerzas Armadas directamente relacionadas con la defensa de intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos.

Si las operaciones en el exterior directamente relacionadas con la defensa del interés nacional implican el uso de la fuerza, deberán ser autorizadas con base en el art. 63.3 CE y deberán estar autorizadas expresamente en una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (lo que me parece bastante improbable). En este supuesto, considero que el derecho de legítima defensa no tiene cabida. La legítima defensa no puede ejercerse para proteger intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos. Ello supondría una interpretación expansiva de la legítima defensa, contraria al art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

Las operaciones en el exterior directamente relacionadas con la defensa del interés nacional que no impliquen la participación en un conflicto armado y el uso de la fuerza, quedan excluidas de la autorización previa del Congreso de los Diputados en virtud del art. 17.1 LODN, tampoco se someten a las condiciones señaladas en el art. 19 LODN. Sin embargo, aunque el art. 19 LODN no lo prevea, estas operaciones sí se encuentran sometidas a la Carta de las Naciones Unidas, ya que la Carta es derecho español interno en virtud del art. 96.1 CE. Esto significa que estas operaciones, aunque

¹⁷⁸ Véase el Capítulo 1, epígrafe 2.2.3.

no supongan el uso de la fuerza, tampoco podrán implicar una amenaza de su uso, amenaza prohibida por el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y que debería tenerse en cuenta en las intervenciones militares del tipo “conflicto del fletán”.

6. ¿El apoyo logístico y el apoyo político pueden considerarse como participación en una guerra? El problema de la intensidad del ataque armado

Hasta ahora he tenido únicamente en cuenta la participación directa en conflictos armados. La participación en estos conflictos se puede realizar también de forma indirecta, tanto a través del llamado apoyo logístico, como del apoyo político a la intervención militar.

El problema que plantea el apoyo logístico es que, según la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, aunque supone una violación de la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, se considera como un «uso menor», en el sentido de que no constituye un ataque armado frente al que se puede ejercer el derecho de legítima defensa¹⁷⁹.

Para Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT, los «usos menos graves» de la fuerza no entran dentro del ámbito de aplicación del art. 63.3 CE. En opinión de estos autores, «la guerra a que se refiere el artículo 63.3 ha de ser circunscrita a los *supuestos en los que legítimamente existan o vayan a existir hostilidades*»¹⁸⁰. Basan su interpretación en que el concepto de conflicto armado, de hostilidades, se recoge en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1941, cuyo art. 2 establece que se aplican en casos de guerra declarada o cualquier otro conflicto armado; y también el art. 14 del Código Penal Militar establece que «a los efectos de este Código se entenderá que la locución *en tiempo de guerra* comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra

¹⁷⁹ Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2003, 79.

¹⁸⁰ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 153; la cursiva es mía. En un sentido similar, Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 96, considera que la guerra «exige una participación activa en el uso de los medios violentos».

inminente o con la ruptura generalizada de hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas»¹⁸¹.

Aunque el apoyo logístico no entre dentro del ámbito de aplicación del art. 63.3 CE, sí se encuentra sometido a otros límites jurídicos. El apoyo logístico a las intervenciones militares que vulneren la Carta de las Naciones Unidas debe considerarse como agresión en virtud de la de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El art. 3.f) de la Resolución 3314 considera agresión «La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado». Esto sucedería, por ejemplo, si el Estado español autorizase el uso de su espacio aéreo o de sus bases militares para operaciones de las fuerzas armadas estadounidenses que impliquen un uso de la fuerza contrario a la Carta de las Naciones Unidas. Dicha autorización podría, incluso, ser anulada por los Tribunales contencioso-administrativos del Estado español.

En cuanto al apoyo político a la realización de intervenciones militares en terceros países no requeriría la autorización previa de las Cortes Generales con base en el art. 63.3 CE. Aquí el Gobierno actuaría en el ejercicio de su competencia de dirección de la política nacional (art. 97 CE), en un ámbito que se encuentra escasamente juridificado y, por tanto, sometido a un control jurídico muy poco intenso.

Esto no significa que, en determinados casos, esta actuación informal del Gobierno apoyando intervenciones militares no pueda estar sometida a controles jurídicos. Incluso creo que debería plantearse la posibilidad de que, en determinados casos, pueda vulnerar la prohibición de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas). El apoyo político a estas intervenciones en las reuniones del Consejo de Seguridad de la ONU o en las Cortes Generales del Estado español no vulnera la prohibición.

Sin embargo, otros supuestos deberían resultar más problemáticos. Por ejemplo, la cumbre de las Azores de abril de 2003, en las que participaron EEUU, Reino Unido,

¹⁸¹ Cristina IZQUIERDO y Luis PÉREZ-PRAT: 1991, 153. Ponen como ejemplo la participación española en el bloqueo de Irak con tres buques y los bombardeos de Irak por aviones estadounidenses despegando de bases españolas.

España y Portugal, al margen del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, plantea más dudas en cuanto a si supone una amenaza del uso de la fuerza¹⁸².

¹⁸² La declaración final de la Cumbre sobre Irak, tras un lenguaje políticamente correcto, suponía la intervención militar en Irak. La declaración final puede consultarse en *El País* de 17 de marzo de 2003.

CAPÍTULO 3. EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR LA GUERRA COMO PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA PARTICIPACIÓN EN CONFLICTOS ARMADOS

1. La competencia del Rey para declarar la guerra en el marco de la Monarquía parlamentaria

El art. 63.3 CE atribuye al Rey la competencia de declarar la guerra. Esta competencia debe interpretarse partiendo de que España es un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE), en el que «La soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2 CE), y cuya forma política es la «Monarquía parlamentaria» (art. 1.3 CE).

La Constitución española regula la Corona en su Título II (artículos 56 a 65). En virtud del art. 56.1 CE:

«El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes».

El Rey no es responsable jurídico o político de sus actos; los actos del rey son siempre refrendados por otras personas (art. 56.3 CE¹⁸³). El refrendo le corresponde al Presidente del Gobierno, a los Ministros o al Presidente del Congreso de los Diputados (art. 64.1 CE), quienes son responsables por tales actos (art. 64.2).

Los arts. 62 y 63 de la Constitución atribuyen distintas funciones al Rey. Según el art. 62.h) CE, le corresponde «El mando supremo de las Fuerzas Armadas»¹⁸⁴. El art.

¹⁸³ Está exceptuada del refrendo el nombramiento por el Rey de los miembros civiles y militares de su casa (art. 65.2 CE por remisión del art. 56.3 CE).

¹⁸⁴ El art. 62 CE también atribuye al Rey: sancionar y promulgar las leyes (apartado a); convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución (apartado b); convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución (apartado c); proponer el candidato a Presidente del Gobierno y nombrarlo (apartado d); nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente (apartado e); expedir los decretos acordados en el Consejo de

63 CE se refiere a las relaciones internacionales, reconociendo el art. 63.3 su competencia para declarar la guerra¹⁸⁵.

Este es el marco constitucional que define la posición constitucional de la monarquía en nuestro sistema jurídico, y desde el que ha de interpretarse la competencia del Rey para declarar la guerra. La posición constitucional del Rey, su papel en nuestro ordenamiento, es objeto de un debate doctrinal¹⁸⁶.

La postura mayoritaria considera que la monarquía cumple una función simbólica y representativa; y que su función arbitral y moderadora carece de contenido decisorio¹⁸⁷. El refrendo de los actos del Rey significa que el refrendante es quien adopta la decisión¹⁸⁸. Esta posición también tiene en cuenta que la Constitución (art. 1.1) se fundamenta en un principio democrático, no en un principio monárquico¹⁸⁹. La conclusión es que el Rey ejerce un escaso poder político.

En cuanto al mando supremo de las fuerzas armadas, también se entiende que en un Estado de Derecho basado únicamente en el principio democrático (art. 1.1 CE), al Rey únicamente le corresponde un papel simbólico, honorífico, sin verdadero ejercicio de poder; el poder de mando sobre las fuerzas armadas le corresponde a los refrendantes de los actos del Rey¹⁹⁰. Es al Gobierno a quien le corresponde el mando efectivo del ejército, en virtud del art. 97 CE que le atribuye la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado¹⁹¹.

Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes (apartado f); ser informado de los asuntos de Estado y presidir las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno (apartado g); ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley (apartado i); y el Alto Patronazgo de las Reales Academias (apartado j).

¹⁸⁵ El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos (art. 63.1 CE); y le corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 63.2 CE).

¹⁸⁶ Para una panorámica general del estado la cuestión sobre la posición constitucional del Rey puede acudirse a José Luis GORDILLO: 2003, 46-51.

¹⁸⁷ Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1979, 435-437. Para este autor, el ejercicio real de la función de arbitraje y moderadora se limitaría a la propuesta de candidato a presidente del Gobierno en determinadas circunstancias (pág. 397 y 437). Para un análisis exhaustivo de las distintas funciones del monarca, véase págs. 384-430. En el mismo sentido Manuel ARAGÓN: 1991, 1950, considera que el Rey «es un órgano supremo desprovisto de competencias de libre ejercicio» y que sus decisiones son «actos debidos»; de este autor puede verse también Manuel ARAGÓN: 1980, 440-441.

¹⁸⁸ Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1979, 431; Fernando LÓPEZ RAMÓN: 1987, 358-359; y Roberto L. BLANCO VALDÉS: 1988, 132.

¹⁸⁹ Fernando LÓPEZ RAMÓN: 1987, 357-358.

¹⁹⁰ Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1979, 409. En la misma línea, Manuel ARAGÓN: 1980, 454; Fernando LÓPEZ RAMÓN: 1987, 354 y 357-361; Roberto L. BLANCO VALDÉS: 1988, 132; Teresa FREIXES SANJUAN: 1991, 105-107; y Lorenzo COTINO HUESO: 2002, 296.

¹⁹¹ Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1979, 411, señala que es el Gobierno quien establece la política de defensa, aunque reconoce un mínimo margen de iniciativa al monarca en el ámbito militar.

La postura minoritaria, por el contrario, además de un papel simbólico de la unidad y permanencia del Estado¹⁹², reconoce al Rey la posibilidad de ejercer influencia¹⁹³, y también un cierto poder político, ya que juzga como árbitro el funcionamiento de las instituciones y garantiza el cumplimiento de las normas constitucionales que las regulan¹⁹⁴. En situaciones excepcionales, en las que una subversión o agresión externa ponga en peligro el ordenamiento constitucional o la existencia del Estado, se le llega a reconocer al Rey el poder de dirigir el Estado¹⁹⁵. Por último se entiende que los actos del Rey son «actos reglados», no actos debidos; sólo serán debidos los actos adoptados conforme a la Constitución, de manera que el Rey puede negarse a refrendar aquellos actos que considere flagrantemente inconstitucionales¹⁹⁶.

En cuando al mando supremo de las fuerzas armadas, Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN considera que la competencia atribuida al Rey en el art. 62.h) CE no es sólo simbólica, sino que implica una atribución efectiva, con base en el art. 56 CE¹⁹⁷. En supuestos excepcionales, «cuando la

0393()-32.7978-2.80892(ua)pe1915()-90.4255(.s)-n'

Gobierno según el art. 97 CE; el Rey tampoco ejerce el mando militar efectivo²⁰⁰. El Rey carece de poder de mando, el cual está en manos del Gobierno y su Presidente, pero puede dictar órdenes ya que se encuentra en la cúspide de la jerarquía militar. Este poder de dar órdenes tiene un contenido fundamentalmente simbólico, aunque implica un «poder de reserva» que puede ejercer en supuestos de «una indisciplina de tal naturaleza que sólo el Rey puede eficazmente reprender»²⁰¹.

El debate sobre la posición constitucional del Rey está planteado en estos términos. Mi intención no es apoyar una de tales interpretaciones, aunque sí reconozco que el Rey ejerce en la práctica un poder político mayor que el que implicaría su papel simbólico²⁰². Sin embargo, no parece que esté ejerciendo ningún tipo de poder político en relación con la participación del Estado español en conflictos armados, como quedo patente en los bombardeos a Serbia en 1999 y, sobre todo, con la Guerra de Irak de 2003. En cualquier caso, quiero plantear que, desde todas las posturas doctrinales, se entiende que la declaración de guerra está en manos del Gobierno.

Desde la postura mayoritaria, se considerará que, en la declaración de guerra, el Rey se limita a formalizar una decisión adoptada por otro órgano constitucional, el Gobierno²⁰³. Como señalo en el apartado siguiente, en mi opinión, este órgano es el Presidente del Gobierno.

Desde la postura minoritaria, en una situación de normalidad democrática, la decisión de participar en conflictos armados, también se entendería como un acto simbólico del Rey, en el que el poder real es ejercido por el Presidente del Gobierno. Sin embargo, en una situación excepcional, ante una agresión armada que pusiera en peligro la existencia del Estado, se le reconocería un ámbito de decisión política mayor al Rey. Desde mi punto de vista, la única situación excepcional en que el Rey podría ejercer poder sería ante una agresión exterior, cuando el Gobierno y su Presidente no

²⁰⁰ Ignacio DE OTTO: 1988, 34-36.

²⁰¹ Ignacio DE OTTO: 1998, 42-43. Por estas razones califica la actuación del Rey el 23 de febrero de 1981 como una «conducta regular». Hay que tener en cuenta que, la finalidad de Ignacio DE OTTO es no situar al margen del derecho dicha actuación del Rey en la que dictó órdenes a los mandos militares sin refrendo (pág. 13).

También reconoce al Rey una «reserva última de poder» que podría incluirse en su competencia para arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones (art. 56.1 CE), Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: 1987, XXII-XXIV.

²⁰² Sobre esta cuestión, José Luis GORDILLO: 2003, 72-75.

²⁰³ Así, Roberto L. BLANCO VALDÉS: 1988, 135; aunque este autor considera que la decisión material le corresponde a las Cortes Generales.

pudieran ejercer su poder de dirección política²⁰⁴. Se trataría de un supuesto de legítima defensa, en que no sería necesaria la autorización previa de las Cortes Generales establecida en el art. 63.3 CE²⁰⁵.

Las intervenciones militares acordadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no implican esta situación extraordinaria, ya que no suponen un ataque a nuestro ordenamiento constitucional y el Gobierno mantiene su capacidad de actuación. De ello dan prueba la guerra de Irak de 1991, e incluso las intervenciones militares ilegales como los bombardeos de la OTAN sobre Serbia en 1999, la guerra de Afganistán de 2001 y la guerra de Irak de 2003.

2. Iniciativa del Presidente del Gobierno

El art. 63.3 CE no señala a qué órgano le corresponde iniciar el procedimiento que concluya con una declaración de guerra. En principio, el poder de iniciativa le corresponde al Gobierno, como parte de la dirección de la «defensa del Estado» (art. 97 CE)²⁰⁶. Dentro de la defensa del Estado ha de incluirse la dirección de la guerra²⁰⁷. Y, por tanto, considero que también la iniciativa sobre la participación en un conflicto armado.

Con esta alusión general al Gobierno no se acaban los problemas, ya que el Gobierno actúa con base en tres principios: presidencial, colegial y departamental; principios recogidos en los arts. 97 y 98 CE. La exposición de motivos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, explica de forma sencilla el contenido de estos tres principios:

«Tres principios configuran el funcionamiento del Gobierno: el principio de dirección presidencial, que otorga al Presidente del Gobierno la competencia para determinar las directrices políticas que deberá seguir el

²⁰⁴ Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN: 1890, 53, se refiere a los casos en que «son las propias instituciones quienes se encuentran amenazadas o interrumpido el funcionamiento regular de los poderes públicos», como supuesto de hecho en el que el Rey asume un papel de mando efectivo del ejército.

²⁰⁵ Véase capítulo 2, epígrafe 4.2.1.

²⁰⁶ Luis SÁNCHEZ AGESTA: 1991, 244; Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 199; y Manuel ARAGÓN: 2001, 34.

²⁰⁷ Ignacio DE OTTO: 1988, 34, considera que dentro de la dirección de la defensa del Estado «forma parte sin ninguna duda la preparación estratégica y la declaración de guerra en su caso».

Gobierno y cada uno de los Departamentos, la colegialidad y consecuente responsabilidad solidaria de sus miembros; y, por último, el principio departamental que otorga al titular de cada Departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su respectiva gestión»²⁰⁸.

Habrà que plantearse, por tanto, cuál de los tres principios de actuación del gobierno –presidencial, colegial o departamental– prima en la declaración de guerra, en la participación en conflictos armados. En otras palabras, ¿a quién le corresponde la competencia de iniciativa en el procedimiento de declaración de guerra: al Presidente del Gobierno, al Consejo de Ministros, o al Ministro de Defensa?

Para responder a esta cuestión debe tenerse en cuenta la regulación contenida en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. El problema existe porque la LODN no ha desarrollado el contenido del art. 63.3 CE y, por tanto, no ha establecido expresamente qué órgano es competente para decidir la participación en un conflicto armado. La LODN otorga un papel predominante al principio presidencial²⁰⁹, da cierta importancia al principio departamental y casi no otorga ninguna trascendencia al principio colegial; lo cual queda de manifiesto claramente en las competencias que atribuye al Presidente del Gobierno, al Ministro de Defensa y al Consejo de Ministros.

En el art. 5 LODN se reconoce que el Gobierno determina la política de defensa y asegura su ejecución, además de dirigir la Administración militar. También le otorga la competencia para «acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional».

El art. 6.1 LODN atribuye al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos. A él le corresponde «la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza» (art. 6.1 LODN²¹⁰). El Presidente ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas

²⁰⁸ Para un estudio en profundidad de tres principios de organización del Gobierno: presidencial, colegial y departamental, véase Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 121-156.

²⁰⁹ La situación era similar con la anterior Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, sobre todo tras la modificación realizada por la Ley Orgánica 1/1984. Véase Roberto L. BLANCO VALDÉS: 1988, 159-160; Ignacio DE OTTO: 1988, 34; y Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 125.

²¹⁰ El art. 8.2 LODNOM atribuía al Presidente del Gobierno «la dirección de la guerra».

Armadas (art. 6.2 LODN). Formula la Directiva de Defensa Nacional, en la que se establecen las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo [art. 6.3.a) LODN]; define y aprueba los grandes objetivos y planteamientos estratégicos, también formula las directivas para las negociaciones exteriores que afecten a la política de defensa [art. 6.3.b) LODN]; determina la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte [art. 6.3.c) LODN]; y ordena las misiones de las fuerzas armadas [art. 6.3.d) LODN].

Inmediatamente por debajo del Presidente del Gobierno se encuentra el Ministro de Defensa, a quien le corresponde el desarrollo y ejecución de la política de defensa (art. 7.1 LODN). El Ministro asiste al Presidente del Gobierno en la dirección estratégica de las operaciones militares [art. 7.2.a) LODN]; dirige la actuación de las fuerzas armadas bajo la autoridad del Presidente del Gobierno [art. 7.2.b) LODN]; determina y ejecuta la política militar [art. 7.2.c) LODN]; y dirige, como miembro del Gobierno, la Administración militar y desarrolla las directrices y disposiciones reglamentarias que adopte el Consejo de Ministros [art. 7.2.e) LODN].

Teniendo en cuenta la distribución competencial que en materia de defensa realiza la LODN, considero que la iniciativa sobre la participación en conflictos armados, es decir, la iniciativa del procedimiento de declaración de guerra, le corresponde al Presidente del Gobierno. El Presidente tiene atribuidas las competencias más importantes sobre defensa. Además a él le corresponde «la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza» (art. 6.1 LODN), expresión que hace referencia a la «dirección de la guerra» del derogado art. 8.2 LODNOM. Aunque el Gobierno acuerde la participación de las fuerzas armadas en misiones fuera del territorio nacional (art. 5 LODN), en mi opinión dicha competencia no implica la decisión sobre la participación en conflictos armados²¹¹.

Esta es al menos la dimensión jurídica formal. Que no impide que, en la realidad, ante la toma de una decisión tan importante, el Presidente consulte con el

²¹¹ Si la doctrina mayoritaria o la jurisprudencia considerasen que la iniciativa de la declaración de guerra le corresponde al Consejo de Ministros, ello no alteraría las conclusiones principales de este trabajo. La firma de la declaración de guerra por el Rey sería refrendada por el Presidente del Gobierno (epígrafe 4 de este capítulo); sería también un acto político del Gobierno (capítulo 4); y su control jurídico le correspondería igualmente al Tribunal Supremo (capítulo 5, epígrafe 2).

Ministro de Defensa o con el Consejo de Ministros²¹². Pero esta cuestión formará parte de la actuación del Gobierno no jurificada²¹³.

3. Autorización de las Cortes Generales

La Constitución establece expresamente que, antes de que el Rey declare la guerra, requiere autorización de las Cortes Generales (art. 63.3 CE). A las Cortes Generales les corresponde autorizar, pero solamente eso. Las Cortes no tienen competencia de iniciativa ni tampoco para adoptar la decisión material. Esta autorización cumple una función de control parlamentario y de garantía de que será una decisión adoptada en un procedimiento público²¹⁴.

La autorización de las Cortes Generales se concederá –o no– tras una sesión conjunta del Congreso de los Diputados y el Senado. Así se establece en el art. 74.1 CE ya que la autorización previa de las Cortes para declarar la guerra –para poder participar en un conflicto armado– no es un acto legislativo²¹⁵. Forma parte de las «competencias no legislativas que el Título II [de la Constitución] atribuye expresamente a las Cortes Generales», competencias que se ejercen por las Cámaras en sesión conjunta (art. 74.1 CE).

Para que se conceda la autorización, es suficiente mayoría simple de cada una de las Cámaras, ya que la Constitución no exige mayoría cualificada²¹⁶. Los efectos de esta autorización sobre la declaración del Rey los estudio en el siguiente apartado.

La autorización de las Cortes Generales es uno de los mecanismos de control político sobre la acción de Gobierno de los que dispone el Parlamento. Como reconoce

²¹² O incluso con el Consejo de Defensa Nacional, órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa (art. 8.1 LODN). El Consejo de Defensa Nacional asiste al Presidente del Gobierno «en la dirección de conflictos armados» (art. 8.3 LODN).

²¹³ Sobre la función de gobierno que no tiene una manifestación jurídica externa, véase Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 98.

²¹⁴ Véase capítulo 2, epígrafe 3.5.

²¹⁵ Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1979, 428, considera que la declaración formal no se hace por ley, sino por acuerdo de las Cortes. Su argumento es «la excepcionalidad del supuesto, que aconseja una decisión solemne pero rápida, al margen del procedimiento legislativo, esto es, una decisión adoptada por las Cámaras en sesión conjunta, conforme a lo previsto en el artículo 74». Véase también la pág. 382.

²¹⁶ Luis SÁNCHEZ AGESTA: 1991, 300, afirma que «el control de las Cortes tiene el matiz específico, de que supone *un acto jurídico de autorización formal*, esto es, una aprobación sujeta a la mayoría normal de miembros presentes que impliquen al menos la ausencia de la mitad más uno de los miembros de las Cámaras (art. 79)». Este autor también señala que como esta autorización no supone un acto legislativo, debe realizarse por las Cortes en reunión conjunta, con base en el art. 74.1 CE. Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 199-200, también entiende que la autorización de las Cortes es «obtenida en reunión conjunta –dado que no se trata de un acto legislativo– y por mayoría simple».

el art. 26.2 LG «Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales». Que se trate de un control político no impide que, en el debate, se utilicen argumentos jurídicos como el cumplimiento de la legalidad internacional, la existencia de una resolución previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,... Sin embargo, el control jurídico propiamente dicho le corresponde a los tribunales²¹⁷.

4. Firma por el Rey

Como ya he señalado, considero que la decisión de participar en intervenciones militares no le corresponde al Rey, sino al Presidente del Gobierno. La única excepción puede producirse en caso de legítima defensa cuando el Gobierno y su Presidente hubieran perdido la capacidad de actuar.

El Presidente del Gobierno es quien ejerce el poder político sobre esta cuestión. Por tanto, considero que otorgada la autorización por las Cortes Generales, el Presidente no está obligado a someter la declaración de guerra a la firma del Rey sino que podrá cambiar su criterio y decidir no participar en el conflicto bélico. En la práctica, si se llega a este momento esto difícilmente sucederá, pero, al menos en teoría, el Presidente del Gobierno sí puede echarse atrás, sí puede modificar su decisión. Si las Cortes no autorizan la declaración de guerra, vetarán ~~así~~ la posibilidad de participar en un

Defensa. Por las mismas razones que tuve en cuenta al señalar el poder de iniciativa, la competencia para refrendar la declaración de guerra del Rey es del Presidente del Gobierno; quien adopta la decisión política de declarar la guerra y hacer la paz²¹⁹.

5. Conclusión: la decisión de participar en un conflicto armado (o declaración de guerra) como acto del Presidente del Gobierno

La decisión de participar en un conflicto armado –la declaración de guerra– es, por tanto, un acto del Presidente del Gobierno, que requiere autorización de las Cortes Generales y es ratificado formalmente por el Rey. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico debe analizarse desde la categoría de los actos de Gobierno (los llamados «actos políticos»), sobre todo a efectos de su control jurisdiccional por el orden contencioso administrativo²²⁰.

6. Requisitos formales de la declaración de guerra

La declaración de guerra, la decisión de participar en un conflicto armado, como cualquier acto del Presidente del Gobierno, reviste la forma de Real Decreto del Presidente del Gobierno [art. 25.b) LG]. En este Real Decreto se plasmará la firma del Presidente del Gobierno y la del Rey, realizándose al mismo tiempo el refrendo de la firma del monarca.

La cuestión formal más importante es si dicho Real Decreto debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado. Ni la Constitución, ni la LODNOM establecen la obligación de publicar la declaración de guerra, es decir, el acto por el que se decide participar en un conflicto armado. Lo que, desde mi punto de vista, resulta coherente con la voluntad legisladora de no desarrollar el contenido del art. 63.3 CE, pretendiendo así constituir un ámbito no sometido al derecho. Tampoco la Ley del Gobierno impone el deber de publicación de los actos del Presidente del Gobierno.

El Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de ordenación del Boletín Oficial del Estado, establece que se publican en el BOE las leyes, disposiciones y «actos de

²¹⁹ También señalan que el refrendo le corresponde al Presidente del Gobierno, sin dar argumentos, Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1979, 428; Luis SÁNCHEZ AGESTA: 1991, 300; Carlos GARRIDO LÓPEZ: 1995, 199; y Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 125.

²²⁰ He estudiado la declaración de guerra como acto político en el capítulo 4.

inserción obligatoria» (art. 1). Estos actos de inserción obligatoria serán delimitados por la legislación específica, a la que el art. 3.1c) y d) del Real Decreto 1511/1986 se remite²²¹. Como la legislación específica no establece la obligación de publicar los actos del Presidente del Gobierno o la decisión de participar en un conflicto bélico –la declaración de guerra–, no es obligatorio publicar dicha declaración en el BOE.

En cualquier caso, sería conveniente establecer la obligación de publicar en el BOE la declaración de guerra. Hay que tener en cuenta que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo comienza desde la notificación o publicación del acto recurrido (art. 46.1 LJCA). Al no publicarse dicho acto, hay que interpretar que el recurso podrá interponerse en cualquier momento. En cualquier caso, esta cuestión es puramente teórica, ya que la situación en nuestro país es que no se lleva a cabo ninguna declaración formal de guerra. La participación en conflictos armados no es autorizada por las Cortes Generales, como exige el art. 63.3 CE. Sólo cuando exista realmente voluntad de someter a derecho las intervenciones en conflictos armados se establecerá la obligación de publicar en el BOE la decisión de participar en ellos.

²²¹ El art. 3.1 del Real Decreto 1511/1986, establece que «En el “Boletín Oficial del Estado” se publicarán:

(...)

c) Las resoluciones y *actos de los órganos constitucionales del Estado, de acuerdo con lo establecido en sus respectivas Leyes orgánicas.*

d) Las disposiciones que no sean de carácter general, las resoluciones y *actos de los Departamentos ministeriales y de otros órganos del Estado y Administraciones públicas, cuando una Ley o un Real Decreto así lo establezcan.*

(...))»

CAPÍTULO 4. LA DECISIÓN DE PARTICIPAR EN UN CONFLICTO ARMADO (O DECLARACIÓN DE GUERRA) COMO ACTO POLÍTICO

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, la declaración de guerra, es decir, la autorización para participar en intervenciones militares que impliquen el uso de la fuerza, ha de estudiarse desde la tradicional categoría de los actos políticos, ya que se trata de una actuación que implica la dirección de la política nacional.

1. La defensa nacional y las relaciones internacionales: ámbitos tradicionales de los actos políticos

El art. 2.b) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa excluía del conocimiento del orden contencioso-administrativo las cuestiones relacionadas con los actos políticos del Gobierno, entre los que mencionaba, con mero carácter ejemplificativo, los actos «que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar»²²².

Con la entrada en vigor de la Constitución, la jurisprudencia fue reconociendo la posibilidad de control de esos actos, fundamentalmente en cuanto a sus elementos reglados²²³. La incidencia de la Constitución fue doble: por un lado con el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y por otro con la distinción entre Gobierno y Administración (arts. 97 y 103.1 CE)²²⁴.

La vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ha eliminado de su terminología la expresión «actos políticos». El actual art. 2.a) LJCA atribuye competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con:

²²² Según su exposición de motivos (ap. II.4, párrafo segundo) los actos políticos «no constituyen una especie del género de los actos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales».

²²³ El art. 2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 reconocía expresamente la competencia de los tribunales contencioso-administrativos en cuanto a la determinación de las indemnizaciones procedentes en relación con estos actos.

²²⁴ Luciano PAREJO ALFONSO: 1999, 67.

«La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los *actos del Gobierno* o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

Sin embargo, aunque legalmente ha desaparecido la mención a los «actos políticos», tanto la doctrina²²⁵ como la jurisprudencia²²⁶ siguen pensando este problema apoyándose en esta categoría, aunque sí rechazan unánimemente que los actos políticos no se encuentren sometidos a control judicial alguno²²⁷. Conviene, por tanto, partir de la jurisprudencia y de la doctrina sobre los actos políticos para analizar después las posibilidades de control judicial del acto de declaración de guerra en nuestro ordenamiento jurídico.

El problema de los actos políticos del Gobierno o, con otra terminología, la cuestión de la actividad de dirección política que le corresponde constitucionalmente al Gobierno, ha de contextualizarse en la distinción entre Gobierno y Administración²²⁸, distinción que se produce tanto en el ámbito orgánico como en el funcional.

²²⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: 1998, 145-146; Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO: 1999, 92 y ss; y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: 2000, 233. También se refiere a los «actos políticos del Gobierno» el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997, relativo al anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (recogido en Congreso de los Diputados. Secretaría General: *Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, citado en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: 1998, 163).

²²⁶ ATS de 8 de enero de 2004 (Az. 16422), FJ 2.

²²⁷ La exposición de motivos de la LJCA (apartado II) rechaza enérgicamente la existencia de actos políticos como un ámbito exento del control por parte de los poderes públicos: «La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política–, excluida “per se” del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de “acto político” se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho». Véase también Luciano PAREJO ALFONSO: 1999, 69.

²²⁸ La distinción entre Gobierno y administración ha sido admitida por el Tribunal Constitucional: STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 3 y STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 2.

Orgánicamente, el Gobierno se configura como un «órgano constitucional inmediato»²²⁹, como «organización directamente constitucional»²³⁰, cuyo régimen jurídico básico se encuentra establecido en la Constitución (arts. 97 a 102). El problema principal que plantea este concepto orgánico es el de determinar cuál es la composición orgánica del Gobierno. Sobre este punto se mantienen dos posturas, que coinciden en la consideración del Consejo de Ministros como Gobierno²³¹. En sentido orgánico, la Administración es un conjunto de sujetos órganos administrativos²³². La Administración se configura como un órgano constitucional mediato²³³, «órgano estatal indirecto»²³⁴, «organización sólo de relevancia constitucional»²³⁵. Su composición depende de la ley (art. 103.2 CE), que ha sido plasmada en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

En sentido material, gobierno supone una función de dirección política. Se trata de una actividad «innovadora y creadora»²³⁶, que implica la «dirección del Estado en su conjunto»²³⁷. Administración es, por el contrario, una actividad dirigida. Sus fines son heterónomos, le vienen dados, dentro del marco del ordenamiento jurídico²³⁸. Esto no significa que toda la actividad que despliega el Gobierno sea una actividad de dirección

²²⁹ Ignacio DE OTTO, 1980, 142. El Gobierno «debe su existencia a la propia Constitución y no a la voluntad de otro órgano (...) y además la propia Constitución contiene los principios básicos de su regulación».

²³⁰ Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 31, guiado por una idea similar a la de Ignacio DE OTTO. Para Luciano PAREJO, el Gobierno es «una organización con perfil propio, no coincidente sin más con el de la Administración pública».

²³¹ La primera postura entiende que el Gobierno es un «órgano complejo», compuesto tanto por órganos colegiados, el Consejo de Ministros, como por órganos unipersonales, el Presidente del Gobierno y los Ministros (Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 32). Gobierno no es sinónimo de Consejo de Ministros (Ignacio DE OTTO: 1980, 145). Esta es la perspectiva que mantiene la Ley del Gobierno, que califica como órganos colegiados del Gobierno al Consejo de Ministros (art. 5.1 LG) y a las Comisiones Delegadas (art. 6.4 LG). Los órganos individuales del Gobierno son: el Presidente del Gobierno (art. 2 LG), el Vicepresidente o Vicepresidentes (art. 3 LG) y los Ministros (art. 4 LG).

La otra postura identifica Gobierno únicamente con el Consejo de Ministros. En sentido orgánico Gobierno es «un órgano colegiado compuesto exclusivamente por el Presidente, Vicepresidentes y Ministros» (Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 102; y Juan Luis PÉREZ FRANCESCH: 1993, 55-56).

²³² Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 95. Con un contenido similar, aunque calificándolo como Administración en sentido formal, Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 33.

²³³ Cfr. Ignacio DE OTTO: 1980, 142.

²³⁴ Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ: 1996, 102.

²³⁵ Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 31.

²³⁶ Luis LÓPEZ GUERRA: 1988, 26; véase también pág. 36.

²³⁷ Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 95. Con una idea similar de gobierno en sentido material, Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 32.

²³⁸ Sobre el concepto material de administración, Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 32, y Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 95.

política, sino que el Gobierno también dicta actos administrativos²³⁹. No coincide, por tanto, el órgano Gobierno, con la función que desempeña²⁴⁰. Esta confusión no se produce con respecto a los órganos administrativos que forman parte de la Administración General del Estado. Éstos nunca van a desempeñar funciones gubernativas, sino que su actividad es siempre administrativa en sentido material²⁴¹.

Constitucionalmente, por tanto, el Gobierno tiene reconocido un ámbito de dirección de la política nacional. Uno de los problemas fundamentales de esta actividad de dirección política es la intensidad de su control judicial. Ya que los jueces no pueden sustituir el núcleo de la decisión de dirección política que le corresponde al Gobierno²⁴²; o, dicho en otras palabras los actos de dirección política del Gobierno no son fiscalizables en cuanto al fondo²⁴³. Esto implica que se modula la intensidad del control judicial de los actos de dirección política del Gobierno. Dicho control judicial no podrá afectar al núcleo decisorio de la actuación gubernamental, pero sí puede basarse en aquellos aspectos que se han concretado legalmente. El núcleo decisorio gubernamental queda sujeto al control político, por ejemplo a través de la responsabilidad solidaria del Gobierno ante el Congreso de los Diputados (art. 108 CE) o a través de la moción de censura (art. 113.1 CE)²⁴⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando que en los actos políticos se dan tres elementos íntimamente relacionados: (1) se trata de actos de

²³⁹ Alfredo GALLEGO ANABITARTE considera que los actos administrativos del Gobierno forman parte de la *función ejecutiva-administrativa*. Este autor divide la función ejecutiva del art. 97 CE en «*función ejecutiva-política*» y «*función ejecutiva-administrativa*». La función ejecutiva política está formada por los «actos de gobierno», que pueden ser tanto actos ejecutivo-resolutivos como actos normativos. Cfr. Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 165-167. Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 32, entiende que la atribución al Gobierno de competencias administrativas está conectada con la dirección de la Administración.

²⁴⁰ Cfr. Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1996/97, 276.

²⁴¹ Luciano PAREJO ALFONSO: 1997, 32; y Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: 1998, 99.

²⁴² Antonio EMBID IRUJO: 1991, 2737. En el mismo sentido, Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO: 1999, 96, señala que «no es posible fiscalizar dicho contenido político, siempre y cuando no se lesionen derechos fundamentales ni existan elementos reglados». También Luciano PAREJO ALFONSO: 1999, 73, aunque hace referencia a «los elementos discrecionales» de los actos gubernativos.

²⁴³ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: 2004, 125 y 671. El autor que reconoce un control más amplio estos actos por parte de los tribunales es Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, quien partiendo de que los actos políticos son actos discrecionales, «cuyo fondo de libertad de opción ha de respetar el juez», intenta limitar ese margen de libertad ya que entiende que «entre esos “elementos reglados” han de incluirse necesariamente lo que resulten de los principios generales del Derecho que sean aplicables» (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: 2000, 232). Desde la misma idea considera que, dentro del control de los conceptos judicialmente asequibles, se alude «tanto a los elementos reglados de la discrecionalidad como a la interpretación de los “conceptos judicialmente indeterminados” empleados por la Ley que ha definido la potestad de cuyo ejercicio se trata o su supuesto de hecho» (pág. 233).

²⁴⁴ Antonio EMBID IRUJO: 1991, 2738.

dirección política emanados por el Gobierno, entendido como Consejo de Ministros, en su calidad de órgano constitucional, (2) derivan del ejercicio de competencias específicas atribuidas de forma directa e inmediata por la Constitución, y (3) en ellos el Gobierno aplica con máxima oportunidad su papel de dirección política²⁴⁵. El control de estos actos, como regla general, corresponde a las Cortes Generales, de acuerdo con criterios políticos. Los tribunales contencioso-administrativos pueden controlar los elementos reglados, sometidos a parámetros legislativos, pero sin entrar a valorar el núcleo político de la decisión gubernamental²⁴⁶.

Por último, hay que señalar que el Tribunal Supremo mantiene una comprensión casuística de los actos políticos, valorando caso por caso la actuación en cuestión²⁴⁷ y distinguiendo distintos ámbitos de actuación²⁴⁸. Precisamente dos de estos ámbitos son la defensa nacional y las relaciones internacionales. En este sentido, el art. 2.b) LJCA de 1956 señalaba como actos políticos los relativos a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar.

El Tribunal Supremo ha considerado como actos políticos del Gobierno, los acuerdos relacionados con la clasificación de documentos secretos, SSTS de 4 de abril de 1997 (Az. 4513, 4514 y 4515), FJ 7; utilizando como argumento el hecho de que se refieren a «la seguridad y defensa del Estado» así como a la «permanencia del orden constitucional»²⁴⁹. También el ATS de 8 de enero de 2004 (Az. 16422), FJ 2, ha

²⁴⁵ Alejandro SAIZ ARNÁIZ: 1994, 229-240.

²⁴⁶ Alejandro SAIZ ARNÁIZ: 1994, 241.

²⁴⁷ Esta referencia a la casuística del control de los actos de dirección política del Gobierno se encuentra en la STS de 28 de junio de 1994 (Az. 5050), FJ 1: «La clara posición jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible

considerado como acto del Gobierno enjuiciable en virtud del art. 2.a) LJCA, los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se decidió el envío de ayuda humanitaria a Irak y, posteriormente, el envío de unidades militares a dicho país, «por referirse a relaciones internacionales y eventualmente a operaciones bélicas»²⁵⁰.

En relación con la participación en conflictos armados –la declaración de guerra– podemos señalar que se cumplen los mencionados requisitos para considerarlo como un acto de Gobierno controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en el art. 2.a) LJCA: (1) se trata de una competencia atribuida al Gobierno por el ordenamiento jurídico; (2) afecta al ámbito de la defensa nacional y de las relaciones internacionales; (3) supone una decisión de especial trascendencia para la vida política; y (4) el ordenamiento jurídico no constriñe la decisión del Gobierno, sino que siempre le queda un gran margen de decisión.

(1) Se trata de una competencia atribuida constitucionalmente al Gobierno. El art. 63.3 CE debe interpretarse en el marco de la Monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE), lo que significa que la decisión le corresponde al Gobierno como parte de su competencia de dirección de la política exterior (art. 97 CE). Considero que hay que entender que, con base en la LODN, esta competencia le corresponde al Presidente del Gobierno, en virtud de la primacía del principio presidencial²⁵¹.

El hecho de que sea el Presidente del Gobierno quien ejerce la competencia decisoria en la declaración de guerra no impide considerar esta actuación como un acto

actuación de dirección política que tiene atribuida el Presidente del Gobierno no es más que la manifestación del principio presidencial en la actuación del Gobierno.

La Ley del Gobierno reconoce que el Presidente ejerce competencias de dirección política, la mayoría atribuidas en la Constitución, que se pueden subsumir bajo la categoría de los actos de gobierno. Así se puede mencionar: A) la proposición al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros de la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, art. 115.1 CE y art. 2.2.c) LG²⁵⁴; B) plantear ante el Congreso de los Diputados, previa deliberación del Consejo de Ministros la cuestión de confianza, art. 112 CE y art. 2.2.d) LG; C) proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados, art. 92.2 CE y art. 2.2.e) LG²⁵⁵; D) interponer el recurso de inconstitucionalidad, art. 162.1.a) CE y art. 2.2.i) LG; E) crear, modificar y suprimir los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado, art. 2.2.j) LG; E) proponer al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros, art. 100 CE y art. 2.2.k) LG.

En algunos de estos actos interviene también el Rey [art. 2.2.c), e) y k)]. ¿Por qué no se ha desarrollado un precepto similar dedicado a la declaración de guerra? El art. 2.2.f) LG se limita a señalar que al Presidente del Gobierno le corresponde «Dirigir

tribunal, conforme al ámbito material sustantivo de esta jurisdicción definido por el artículo 1,1 de la Ley de veintisiete de Diciembre de mil novecientos cincuenta y seis». Según el art. 115.1 CE «El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones».

La STS de 30 de julio de 1987 (Az. 7706), FJ 3, señaló que «el acto residenciado en este proceso –el Decreto 47/1983, de 12 de agosto, del Presidente de la Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla-León, fijando provisionalmente la sede de la misma en Valladolid– ofrece a simple vista un cariz político indiscutible, tanto por su contenido, como por el órgano de que dimana, y por la causa determinante de la actuación de este órgano (el Presidente de la Junta): la imposibilidad, de momento, de contar en las Cortes de la Comunidad con una mayoría de dos tercios, para aprobar la Ley que f0.7748(r)-0.247207(e)-4447(())-0.247207(e)17(r)-1

la política de defensa y ejercer con respecto de las Fuerzas Armadas las funciones previstas en la legislación reguladora de la defensa nacional y de la organización militar». En mi opinión, debería haberse incluido un apartado que estableciera expresamente que al Presidente del Gobierno le corresponde «Proponer al Rey la declaración de guerra, previa autorización de las Cortes Generales». La Ley del Gobierno mantiene así la línea de no desarrollar el contenido del art. 63.3 CE.

También la LODN atribuye al Presidente del Gobierno competencias de dirección política, en este caso, en materia de defensa nacional. Todas las competencias que le atribuye el art. 6 LODN tienen un importante contenido de dirección de la política de defensa. Así, según el art. 6.1 LODN, al Presidente del Gobierno le corresponde la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza. El Presidente ordena, coordina y dirige la actuación de las Fuerzas Armadas (art. 6.2 LODN). En virtud del art. 6.3 LODN formula la Directiva de Defensa Nacional, define y aprueba los grandes objetivos y planteamientos estratégicos, formula las directivas para las negociaciones exteriores que afecten a la política de defensa, determina la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las fuerzas armadas y ordena las misiones de las fuerzas armadas.

Conviene tener en cuenta que el marco jurídico de la defensa nacional es muy flexible, muy principal. La LODN es una norma que se limita a regular la finalidad de la política de defensa (art. 2 LODN). Su contenido se limita a señalar las competencias de los órganos superiores de la defensa nacional (arts. 5 a 8 LODN). Establece unos principios generales de organización del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas (arts. 10 a 13); sobre las misiones de las Fuerzas Armadas y su control parlamentario (arts. 15 a 19), establece las reglas esenciales del comportamiento de los militares (arts. 20 y 21), regula la Guardia Civil (arts. 23 a 25 LODN) y la contribución de los recursos nacionales a la defensa (arts. 28 a 31 LODN). Al tratarse de una ley principal, que se limita a establecer objetivos y atribuir competencias, la LODN deja un enorme margen de decisión a los órganos a quienes les atribuye competencias.

(2) Como hemos visto, la jurisprudencia del TS considera que dos de los ámbitos en los que se dictan actos políticos son la defensa nacional y las relaciones internacionales. Ámbitos que se mencionaban expresamente en el art. 2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Como ya he

mencionado, defensa nacional y relaciones internacionales se encuentran fuertemente implicadas en la decisión de participar en una intervención militar internacional que implique el uso de la fuerza²⁵⁶.

(3) La decisión de declarar la guerra o, en su caso, de participar en una intervención militar contra un determinado Estado es una decisión de especial trascendencia para la vida política del país.

(4) Por último, hay que señalar que el marco jurídico de la declaración de guerra no constriñe la resolución que debe adoptarse, siempre le queda un amplio margen de decisión al Presidente del Gobierno. Ya vimos que el Estado español tiene libertad para participar en las intervenciones militares tanto en las decididas por el Consejo de Seguridad de la ONU, como las adoptadas en el ejercicio del derecho de legítima defensa en el marco del Tratado del Atlántico Norte.

Sólo existen dos supuestos en los que resultaría obligada, reglada si se permite la expresión, la intervención armada. En primer lugar, si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizara el uso de la fuerza armada y el Estado español hubiera firmado uno de los convenios especiales a los que se refiere el art. 43 de la Carta de las Naciones Unidas, obligándose a intervenir cuando lo decidiera el Consejo de Seguridad. El segundo supuesto es que el Estado español, con base en el art. 93 CE, atribuya a una organización internacional sus competencias sobre la decisión de implicarse en un conflicto armado y sobre las modalidades de ayuda militar al Estado agredido. Como vimos, ninguno de estos supuestos ha sido desarrollado²⁵⁷.

Así que el Presidente del Gobierno ejercerá su máxima discrecionalidad política a la hora de decidir si España participa o no en un conflicto bélico. Y esto en todos los casos: cuando exista una Resolución del Consejo de Naciones Unidas que permita el uso de la fuerza armada, cuando considere que existe una agresión que permite el ejercicio del derecho de legítima defensa, o cuando uno de los países que forman parte de la OTAN sufra un ataque armado. En todos estos casos, será el Presidente del Gobierno quien decida si se interviene militarmente o se adoptan otro tipo de medidas. Decisión que debe calificarse como acto político del Gobierno.

²⁵⁶ En este sentido, ATS de 8 de enero de 2004 (Az. 16422), FJ 2 (citado anteriormente).

²⁵⁷ Véase capítulo 2, epígrafe 4.1.

2. Elementos del acto político de participar en un conflicto armado que pueden ser controlados por los tribunales contencioso-administrativos

Como ya he señalado, el verdadero problema de la actuación de dirección política del Gobierno es el de la intensidad del control al que se encuentran sometidos por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El art. 2.a) LJCA señala tres aspectos sujetos al control judicial: (1) la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, (2) los elementos reglados y (3) la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes. Cuestión esta última de las indemnizaciones en la que no me detendré. El control de estas tres cuestiones ha sido reconocido expresamente en relación con los acuerdos del Consejo de Ministros sobre envío de ayuda humanitaria y de unidades militares a Irak por el ATS de 8 de enero de 2004 (Az. 16422), FJ 2²⁵⁸.

(1) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se realiza a través de una ponderación entre derechos y bienes constitucionales contrapuestos. La ponderación es un método para resolver los conflictos entre derechos, principios y bienes, que consta de tres fases²⁵⁹. En primer lugar, se identifican los derechos, principios, bienes o intereses en conflicto. En la segunda fase, se atribuye a cada derecho o principio un peso o importancia, atendiendo a las circunstancias del caso. Por último, se otorga prevalencia a uno de los derechos, principios,... en conflicto, con base

²⁵⁸ El FJ 2 del ATS de 8 de enero de 2004 (Az. 16422), señalaba que: «Esta Sala no puede por menos de ser consciente de la materia a que se refieren los Acuerdos impugnados, el envío de unidades primero de ayuda humanitaria y luego militares a un país extranjero que se encuentra en una situación bélica o postbélica, y ello por decisión del Consejo de Ministros. Se trata de acuerdos calificados por la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, al menos hasta fecha reciente como actos políticos y por tanto inimpugnables en cuanto al fondo, por referirse a relaciones internacionales y eventualmente a operaciones bélicas.

Pero no ha de ser éste el motivo de que entremos o no a enjuiciar el fondo del asunto, pues la Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998, en su artículo 2, apartado a), ha puesto fin a la vieja polémica existente al no considerar que existan actos inimpugnables por ser de carácter y naturaleza políticos. Pues en tales casos la jurisdicción siempre es competente para enjuiciar los elementos reglados de los actos del Gobierno, a más de que debe proteger los derechos fundamentales y pronunciarse sobre las indemnizaciones que fueran procedentes. Hay que tener en cuenta por otra parte que el recurrente se refiere en sus escritos a los elementos reglados de los Acuerdos que impugna».

²⁵⁹ En relación con las tres fases de la ponderación, véase José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2000, 121-141.

en el criterio de que «cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en el caso determinado»²⁶⁰.

En las SSTs de 4 de abril de 1997 (Az. 4513, 4514 y 4515), FJ 7, se llevó a cabo una ponderación entre la seguridad y defensa del Estado, por un lado y el derecho a la tutela judicial efectiva de los acusadores particulares perjudicados por los delitos (art. 24 CE), entendido como derecho a aportar en el proceso penal los medios probatorios pertinentes, por otro. Tras ponderar estos derechos, el Tribunal Supremo desclasificó aquellos documentos en los que la seguridad del Estado estaba escasamente implicada y cuyo contenido era coherente con la investigación del juez instructor (STS de 4 de abril de 1997, Az. 4513, FJ 11); mientras que mantuvo la clasificación de aquellos documentos en que «la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física de quienes son, o fueron, agentes operativos del mismo, o de sus familiares y allegados» (STS de 4 de abril de 1997, Az. 4513, FJ 10)²⁶¹.

Sin embargo, la protección de los derechos fundamentales tiene escasa aplicación en el control judicial de la declaración de guerra. Estará implicado el derecho de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE), cuando el Estado español participe en un conflicto armado sin previa autorización de las Cortes Generales en virtud del art. 63.3 CE. Tal vez sea éste el único caso posible. Como señalaré después, la legitimación para recurrir la declaración de guerra se basa en la existencia de intereses difusos, más que en derechos fundamentales²⁶².

[2] El segundo parámetro de control judicial de los actos gubernamentales de dirección política son sus elementos reglados, quedando excluido del control su ámbito decisorio de dirección política. Teniendo en cuenta que «siempre que exista una norma que sirva al Juez de parámetro para enjuiciar la actuación del Gobierno, ahí sí debe intervenir el control jurisdiccional, porque lo impone el artículo 9.1 de la Constitución y lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos»²⁶³.

²⁶⁰ José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2000, 135-136.

²⁶¹ Para una lectura de estas SSTs de 4 de abril de 1997, en especial la Az. 4513, desde las tres fases de la ponderación, véase José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2000, 127, 132 y 138.

²⁶² Véase capítulo 5, epígrafe 3.

²⁶³ Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997, relativo al anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual «Realmente el problema de los actos políticos del Gobierno no es tanto el de excluir unos determinados tipos *a priori*, sino entender que el Gobierno está sometido al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa cuando su actuación está regida por el Derecho, lo que no ocurre en relación a toda su actividad (a diferencia de la Administración, constreñida por el principio de vinculación positiva). En

Dentro de los elementos reglados, son variadas las cuestiones que el Tribunal Supremo ha controlado o ha considerado susceptibles de control. En primer lugar, la existencia misma de esos elementos reglados en la legislación aplicable²⁶⁴. La competencia, causa y fin, en el Decreto de convocatoria de elecciones en el Parlamento de Andalucía²⁶⁵. La justificación del procedimiento seguido para adoptar la decisión y la competencia del órgano que lo dictó, en el caso del Decreto 47/1983, de 12 de agosto, del Presidente de la Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por el que se fijaba provisionalmente la sede de la misma en Valladolid²⁶⁶. Los límites o requisitos

todo caso, siempre que exista una norma que sirva al Juez de parámetro para enjuiciar la actuación del Gobierno, ahí sí debe intervenir el control jurisdiccional, porque lo impone el artículo 9.1 de la Constitución y lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Por tanto, aun sin establecer ninguna lista, siempre que exista una norma que vincule al Gobierno en su actuación, ésta será controlable y eso lo decidirá el Juez ante cada caso concreto» (recogido en Congreso de los Diputados. Secretaría General: *Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, pág. 132; citado por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: 1998, 163).

²⁶⁴ STS de 22 de enero de 1993 (Az. 457), FJ 3, (referéndum para formar parte del País Vasco): «Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional.

Ello implica que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable».

Esta sentencia plantea, en el FJ 6, que el ordenamiento no ha establecido elementos reglados y por tanto no puede entrar a juzgarlos, no puede sustituir ese contenido político por una decisión judicial: «Justamente porque no existe una regulación detallada del referéndum sino sólo la previsión de que debe ser autorizado por el Consejo de Ministros, no hay en nuestro ordenamiento una vinculación al efecto de la voluntad política del Gobierno mediante elementos reglados que establezca la Ley, por lo que falta por tanto la base necesaria para que se ejerza el control jurisdiccional».

²⁶⁵ STS de 15 de julio de 1997 (Az. 5640), FJ 2: «De esta forma, el núcleo esencial de la cuestión se está refiriendo al tema del control jurisdiccional del acto político, que encuentra su formulación en la correcta aplicación de las técnicas judiciales de control en función de la naturaleza de cada acto y que incide directamente en las llamadas técnicas de control de la discrecionalidad, en donde es diferenciable el carácter de la decisión en cada caso adoptado para examinar si tiene carácter jurídico o no, por lo que será necesario determinar si se trata de cuestión en la que prima el conocimiento científico y que aconseja el respeto de la discrecionalidad técnica o bien determinar si estamos ante un acto con un núcleo esencialmente político o dictado por razón de criterios de oportunidad, reconocida legalmente, o ante la necesidad de determinar la realización de prioridades relacionadas con la actividad política del sistema democrático, supuesto en el que el control jurisdiccional no puede ser tan intenso y debe conformarse con el examen de los presupuestos de hecho de los aspectos reglados del acto: *competencia, causa y fin o como se dice en el ámbito del derecho anglosajón, la relación de los aspectos jurídico-procedimentales y el test de la razonabilidad de la decisión*» (la cursiva es mía; véase también FJ 5).

²⁶⁶ STS de 30 de julio de 1987 (Az. 7706), FJ 10: «Para resumir diremos, que si por un lado hemos declarado el contenido del Decreto de que se trata de contenido político, ajeno al campo de nuestra jurisdicción, por otro, no hemos ahorrado esfuerzos en analizar la justificación del procedimiento seguido, y de la competencia del órgano que lo emitió, sirviéndonos para ello de la técnica de los actos separables, respecto del contenido y del fondo de la cuestión, para, de este modo, dar respuestas suficientes a las alegaciones y a las expectativas que todo proceso despierta en quienes recurren a él».

previos de estos actos definidos por medio de «conceptos judicialmente asequibles»²⁶⁷: conceptos que pueden referirse en el caso del nombramiento del Fiscal General del Estado, a la concurrencia o no del requisito de tratarse de un jurista español de reconocido prestigio que cuente con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión (art. 124.4 CE y art. 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)²⁶⁸; o que la información contenida en documentos clasificados como secretos afecta o no a la seguridad del Estado, en el caso de los papeles del CESID²⁶⁹. Entre los elementos

²⁶⁷ STS de 28 de junio de 1994 (Az. 5050), FJ 1 (nombramiento del Fiscal General del Estado): «Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante *conceptos judicialmente asequibles* los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión» (la cursiva es mía).

Las SSTS de 4 de abril de 1997 (Az. 4513, 4514 y 4515), FJ 7, parten de la «existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad»; actos de dirección política que sí pueden ser controlados por la jurisdicción contenciosa «cuando el legislador haya definido mediante *conceptos judicialmente asequibles* los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión» (la cursiva es mía).

²⁶⁸ La STS de 28 de junio de 1994 (Az. 5050), controló la concurrencia o no del requisito de tratarse de un jurista español de reconocido prestigio que cuente con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión. Según su FJ 1, «El artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección de Fiscal General del Estado se haga “entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión”. Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprima del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su exigencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del Gobierno, imponiéndole, en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales». El análisis en profundidad de este requisito se realiza en el FJ 5.

²⁶⁹ Las SSTS de 4 de abril de 1997 (Az. 4513, 4514 y 4515), FJ 7, parten de la «existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad»; actos de dirección política que sí pueden ser controlados por la jurisdicción contenciosa «cuando el legislador haya definido mediante *conceptos judicialmente asequibles* los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».

Y continúan las STS, aunque refiriéndose en concreto a la clasificación como secreto: «Es esta idea de “conceptos judicialmente asequibles”, la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que no sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminen totalmente la afición a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que –ponderando los intereses jurídicos en juego– nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación».

reglados también se ha considerado susceptible de control la existencia o no de motivación del acto²⁷⁰. El propio Tribunal Supremo ha dejado caer la idea de que también existen elementos reglados en relación con los Acuerdos del Consejo de Ministros por los que se decidió el envío de ayuda humanitaria y, posteriormente, el envío de unidades del ejército a Irak²⁷¹.

Trasladando la doctrina del TS sobre los elementos reglados a la declaración de guerra, se pueden señalar tres elementos susceptibles de control judicial: A) que se cumpla el procedimiento constitucionalmente establecido para participar en un conflicto armado; B) que exista una Resolución del Consejo de Seguridad Naciones Unidas que autorice el uso de la fuerza; y C) que concurren los requisitos de la legítima defensa.

A) Control del cumplimiento del procedimiento para poder participar en conflictos armados (declaración de guerra)

El Tribunal Supremo debe controlar que, cuando el Estado español participe en una intervención armada internacional, se han cumplido los requisitos procedimentales del art. 63.3 CE: decisión adoptada por el Presidente del Gobierno, que cuenta con la autorización de las Cortes Generales y ha sido firmada por el Rey²⁷².

El único supuesto en que no resulta aplicable el art. 63.3 CE es el ejercicio del derecho de legítima defensa individual. Por otra parte, el problema real es que la participación en conflictos armados fuera del territorio español se realiza al margen del art. 63.3 CE. Estos casos se configuran técnicamente como un vía de hecho, también controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa²⁷³.

La STS de 30 de enero de 1998 (Az. 849), FJ 6, ha considerado controlable, al menos implícitamente, el elemento discrecional de si la materia clasificada afecta o no a la seguridad del Estado (sentencia sobre los papeles del CESID en recurso ordinario).

²⁷⁰ La STS de 30 de enero de 1998 (Az. 849) FJ 5, consideró como elemento reglado controlable por los tribunales contenciosos la existencia o no de motivación (sentencia sobre los papeles del CESID en recurso ordinario).

²⁷¹ El ATS de 16 de marzo de 2004 (Az. 114243), FJ único, señala que «La Sala no puede ignorar que en el recurso de súplica el actor se refiere extensamente al fondo del asunto y expresa juicios políticos y humanitarios dignos de todo respeto. Pero la cuestión a resolver en esta sede jurisdiccional no son los aspectos políticos y humanitarios y por otra parte, *para pronunciarse sobre los elementos reglados del Acuerdo de que se trata (lo que nos permite el artículo 1.2, apartado a) de la Ley Jurisdiccional*) hay que resolver con carácter previo sobre una cuestión estrictamente jurídica como es la legitimación del recurrente» (la cursiva es mía).

²⁷² Sobre el procedimiento de la declaración de guerra, véase el capítulo 3.

²⁷³ He estudiado esta cuestión en el capítulo 5, epígrafe 1.2.

B) Control de la existencia de una Resolución del Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza.

Cuando la intervención militar ha sido autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los tribunales españoles deben controlar tanto la existencia de una Resolución previa del Consejo de Seguridad, como que realmente esa Resolución autoriza efectivamente el uso de la fuerza armada.

La comprobación de si una Resolución del Consejo de Seguridad autoriza el uso de la fuerza puede resultar problemática. La Resolución 678, de 29 de noviembre de 1990, que otorgó amparo a la Guerra del Golfo de 1991, establecía en su párrafo segundo que el Consejo:

«*Autoriza* a los Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que el Iraq cumpla plenamente para el 15 de enero de 1991 o antes las resoluciones que anteceden, como se indica en el párrafo 1 *supra*, **utilicen todos los medios necesarios** para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990) y todas las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región» (la negrita es mía)²⁷⁴.

Hay Resoluciones del Consejo que adolecen de ambigüedad, como la Resolución 1441, de 8 de noviembre de 2002, que según algunos países amparaba la invasión de Irak²⁷⁵. En su párrafo decimotercero, el Consejo de Seguridad:

«*Recuerda*, en este contexto, que ha advertido .21279(o)-228.722(5(e))-2.807621.28 Tf 43.419(e)-2.

Desde mi punto de vista, esta Resolución 1441 no autorizaba el uso de la fuerza²⁷⁶. En cualquier caso los tribunales españoles deberán enfrentarse a la cuestión de la «ambigüedad calculada» de las Resoluciones del Consejo de Seguridad. Para ello no deberán tener en cuenta únicamente el texto de la Resolución del Consejo de Seguridad; sino también las declaraciones e intervenciones de los Estados durante el debate de dicha Resolución en el Consejo de Seguridad, cuyo valor normativo ha sido reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia²⁷⁷.

C) Control de la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa.

La legítima defensa no sólo es individual, sino también colectiva. La legítima defensa colectiva puede ejercerse en virtud de un convenio de ayuda mutua o en virtud de solicitud de ayuda de un Estado agredido sin previo convenio de legítima defensa. En todos estos casos, nos encontramos ante actos políticos del Gobierno. La concurrencia de la legítima defensa es apreciada por los Estados que sufren un ataque armado, no por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El ejercicio del derecho de legítima defensa individual no se encuentra sometido a la autorización del art. 63.3 CE. Sin embargo, los tribunales de lo contencioso-administrativo podrán controlar el cumplimiento de los requisitos de la legítima defensa en aplicación del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Es decir, que la legítima defensa se produce en respuesta a un ataque armado, y la respuesta es inmediata, proporcional, necesaria y provisional²⁷⁸. Si no concurren estos requisitos, la intervención militar será contraria a derecho. Por ejemplo, cuando se pretenda justificar una intervención militar en la legítima defensa preventiva.

En los casos de legítima defensa colectiva, también nos encontraremos ante un acto político del Gobierno. Esto resulta claro cuando se ofrece ayuda a un Estado que la solicita sin que se haya celebrado un convenio de ayuda mutua previo. Pero incluso si

²⁷⁶ Sigo la opinión mantenida, entre otros, por Ángel G. CHUECA SANCHO: 2003, 309; Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2003, 74-75; y Paz ANDRÉS: 2003, 208-209. En el mismo sentido véase el «Manifiesto contra la guerra» de los profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de las universidades españolas (puntos 5, 6 y 7). El manifiesto puede leerse en la página web <http://www.uam.es/centros/derecho/publico/areadip/ManifiestoIraq.pdf>.

En contra, Carlos RUIZ MIGUEL: 2003b, 151-154, considera que la guerra contra Irak encuentra justificación en la Resolución 1441 por remisión a las Resoluciones 660, 678 y 687.

²⁷⁷ Paz ANDRÉS: 2003, 208-209, «hay que tener en cuenta que el Tribunal Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva en el asunto de Namibia, señaló como datos a tener en cuenta a los fines de interpretación de las Resoluciones del Consejo los términos del texto y los debates que precedieron a su adopción» (pág. 209).

²⁷⁸ Sobre los requisitos de la legítima defensa véase capítulo 1, epígrafe 2.1.2.

este convenio existe, el Estado español decidirá de qué forma concreta prestará su ayuda, tanto si se ofrece en el marco del Tratado del Atlántico Norte como si se ofrece en el ámbito del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en el caso de que éste último tratado llegue a entrar en vigor. El juez controlará el cumplimiento de los requisitos de la legítima defensa, el cumplimiento de los presupuestos del convenio de ayuda mutua, y que se haya realizado una autorización conforme al art. 63.3 CE.

El único supuesto en que los tribunales españoles no podrán controlar la intervención española se produciría si el Estado español atribuyese a una organización internacional, con base en el art. 93 CE, su competencia para decidir la implicación en un conflicto armado y para determinar las modalidades de ayuda militar al Estado agredido.

Estos tres tipos de control que he analizado se pueden considerar como aplicación de «conceptos judicialmente asequibles». En el control del cumplimiento del procedimiento de declaración de guerra, los tribunales contencioso-administrativos españoles se limitan a aplicar los elementos reglados contenidos en el art. 63.3 de la Constitución española.

En el supuesto del control de la existencia de una Resolución del Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza, los tribunales españoles aplican los elementos reglados contenidos en la Carta de las Naciones Unidas. La Carta es derecho aplicable en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 96.1 CE²⁷⁹. España se incorporó a la ONU el 14 de diciembre de 1955, aunque la Carta de Naciones Unidas no ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado hasta el día 16 de noviembre de 1990²⁸⁰, cumpliéndose así el requisito para la plena eficacia de la Carta en el derecho español²⁸¹.

²⁷⁹ El art. 96 CE establece que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». En el mismo sentido, según el art. 1.5 del Código Civil «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado».

²⁸⁰ La Carta de Naciones Unidas fue publicada con ocasión de la adhesión de España a la Corte Internacional de Justicia. BOE de 16 de noviembre de 1990 (Sección I. Disposiciones Generales, páginas 33862-33885), rectificación de errores 28 de noviembre (pág. 35399).

²⁸¹ Como señala Araceli MANGAS MARTÍN: 1980, 172: «Las normas contenidas en los tratados se integran en el derecho español desde su entrada en vigor internacional y en cuanto tales tratados son fuente directa, pero plenamente eficaces en el derecho interno una vez publicados en el *Boletín Oficial del Estado* siendo susceptibles de crear derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos (tratados *self executing*)». Esta autora analiza el sistema de recepción automática de los tratados en las págs. 172-178.

Por último, en el caso del control de la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, los tribunales se limitarían a aplicar el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, cuyos requisitos son, en mi opinión, elementos reglados. También aplicarían el Tratado del Atlántico Norte, norma que forma parte del ordenamiento jurídico español. Elementos reglados en este Tratado son la previa existencia de ataque armado que permite el ejercicio del derecho de legítima defensa conforme al art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas (art. 5 del Tratado del Atlántico Norte), y que dicho ataque se produzca en la zona de actuación geográfica establecida en el art. 6 del Tratado del Atlántico Norte.

En los tres supuestos de control, los tribunales españoles llevarán a cabo un control externo, básicamente formal, sobre si concurren los presupuestos para participar en un conflicto bélico previa autorización conforme al art. 63.3 CE, o para el ejercicio del derecho de legítima defensa individual del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Esto no significa que se trate de un control sencillo: ya he señalado que la interpretación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad puede exigir tener en cuenta los debates previos.

En cualquier caso, considero que estos supuestos de control no van más allá del control de los «límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política», o «el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión»²⁸².

3. ¿Pueden los tribunales españoles controlar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad?

En el supuesto del control de la existencia de una Resolución del Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza, puede plantearse un paso más en la intensidad de dicho control: la posibilidad de que los tribunales españoles controlen que las Resoluciones del Consejo de Seguridad sean conformes a la Carta de las Naciones Unidas y al derecho internacional.

²⁸² SSTS de 4 de abril de 1997 (Az. 4513, 4514, 4515), FJ 7.

El Consejo de Seguridad debe respetar la Carta de las Naciones Unidas y, también, el derecho internacional general²⁸³. Es posible, sin embargo, que las resoluciones del Consejo de Seguridad vulneren la Carta de las Naciones Unidas²⁸⁴. El problema que surge entonces es a quién le corresponde controlar la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad dictados con base en el Capítulo VII de la Carta, ya que la Carta no establece nada al respecto, ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia le ha atribuido a la Corte dicha competencia²⁸⁵. Pese a ello, en algunas ocasiones la Corte Internacional de Justicia sí se ha considerado competente, aunque sin mantener una doctrina uniforme al respecto²⁸⁶.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, la inexistencia de un mecanismo de control sobre las Resoluciones del Consejo de Seguridad puede contradecir las exigencias del Estado de Derecho (art. 1.1 y 9.1 CE) y de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Al fin y al cabo, la Carta de las Naciones Unidas es una norma que forma parte del ordenamiento jurídico español. Como no se ha atribuido a ningún tribunal internacional el control de legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad conforme a la Carta de las Naciones Unidas, los tribunales españoles no tendrían impedimento para llevar a cabo dicho control. Es más, en mi opinión, deberían controlar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad siempre que afecten a derechos e intereses legítimos, ya que de lo contrario se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Se estaría cubriendo así el «extraordinario vacío de derecho público que caracteriza al actual sistema de relaciones internacionales»²⁸⁷, con los instrumentos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico, garantizando así el contenido de nuestro Estado de Derecho (art. 1.1 CE).

²⁸³ Araceli MANGAS MARTÍN: 2005, 356.

²⁸⁴ Posibilidad que es señalada por Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 953. Araceli MANGAS MARTÍN: 2005, 329, se refiere al «desprecio hacia el Derecho internacional» por parte de muchos Estados y también del Consejo de Seguridad de la ONU. En este trabajo, Araceli MANGAS se centra en las resoluciones del Consejo de Seguridad que han pretendido legalizar a posteriori las guerras de Yugoslavia de 1999, Afganistán en 2001, e Iraq en 2003 (págs. 330-356).

²⁸⁵ Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 954. Araceli MANGAS MARTÍN: 2005, 357, señala que los Estados no pueden demandar a una organización internacional ante la Corte Internacional de Justicia porque no se prevé en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por su parte, Romualdo BERMEJO GARCÍA: 1999, 23; teniendo en cuenta el art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, considera que «si las decisiones del Consejo no se adoptan en conformidad con la Carta, los Estados no estarían obligados por ellas».

²⁸⁶ Cfr. Antonio REMIRO BROTONS y otras: 1997, 954-955.

²⁸⁷ A esta cuestión se refiere Luigi FERRAJOLI: 2004, 58-59; quien señala que el ordenamiento jurídico internacional está formado por una Constitución –la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración universal de los derechos humanos–, faltando las garantías de los derechos proclamados. Entre estas garantías considero que hay que incluir la ausencia de un mecanismo de control jurídico de la conformidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad a la Carta de las Naciones Unidas.

Técnicamente, se plantearía como una cuestión prejudicial, dictada con base en el art. 4.1 LJCA. Este artículo reconoce competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer y decidir las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales. Como ni la Carta de las Naciones Unidas ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia regulan el control de legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad, los tribunales españoles podrán –deberán– llevar a cabo dicho control.

Obviamente, las resoluciones judiciales de los tribunales españoles sólo tendrían efectos dentro del Estado español. Es decir, si el Tribunal Supremo considerase que una Resolución del Consejo de Seguridad que autoriza el uso de la fuerza es contraria a la Carta de las Naciones Unidas, impediría al Estado español participar en dicha intervención militar.

CAPÍTULO 5. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA PARTICIPACIÓN EN UN CONFLICTO ARMADO

1. El control de la declaración de guerra por la jurisdicción contencioso-administrativa

Como ya he señalado, la declaración de guerra es un acto del Presidente del Gobierno, autorizado por las Cortes Generales y firmado por el Rey. Entra dentro de la categoría de los actos políticos –actos del Gobierno en la terminología de la LJCA– y su control judicial le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 2.a) LJCA]. La atribución de este control se incluye dentro de la tendencia de convertir la jurisdicción contencioso-administrativa en la «jurisdicción ordinaria en el ámbito jurídico-público»²⁸⁸.

Conviene distinguir dos supuestos del control de la participación en conflictos armados. En primer lugar, la existencia de una autorización previa por las Cortes Generales, supuesto que no se produce en la práctica. En segundo lugar, el problema real, las intervenciones en conflictos armados sin previa autorización de las Cortes conforme al art. 63.3 CE.

1.1. Supuesto anormal: autorización previa de las Cortes Generales

La práctica constitucional seguida en nuestro Estado es que la participación en conflictos armados no se condiciona a la previa autorización de las Cortes Generales como exige el art. 63.3 CE. Lo *anormal* es, por tanto, que se produzca una previa declaración de guerra antes de acordar la participación en un conflicto bélico.

En mi opinión, esta situación tampoco va a cambiar tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. La LODN somete a autorización previa del Congreso de los Diputados las «operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional» (art. 17.1 LODN). Ya he señalado que, en mi opinión, este precepto no desarrolla el

²⁸⁸ Santiago GONZÁLEZ-VARAS: 1999, 161.

contenido del art. 63.3 CE²⁸⁹, por lo que la autorización del art. 17 LODN no supe las exigencias del art. 63.3 CE. Pero además, mi impresión es que la participación en conflictos armados no se someterá ni siquiera a autorización previa del Congreso de los Diputados porque se entenderá que está directamente relacionada con la defensa de España o del interés nacional, art. 17.1 LODN, o se considerará suficiente las decisiones adoptadas en organizaciones internacionales como la OTAN²⁹⁰.

Si la participación en un conflicto armado se produjese con autorización de Cortes, como «acto del Gobierno» del art. 2.a) LJCA se encuentra sometido al control de los tribunales contencioso-administrativos en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, elementos reglados, y la determinación de las indemnizaciones²⁹¹.

1.2. Supuesto normal: intervención material sin previa autorización de las Cortes Generales (vía de hecho)

La práctica constitucional es que la participación en conflictos armados se aprueba por el Gobierno sin previa autorización de las Cortes Generales. Ello plantea alguna peculiaridad, sobre todo en cuanto a su calificación jurídica. Práctica que, como ya he señalado, no creo que vaya a cambiar tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

1.2.1. La participación en conflictos armados sin previa declaración de guerra como vía de hecho gubernativa

Hay que plantearse si la participación en conflictos armados sin previa declaración de guerra conforme al art. 63.3 CE puede considerarse técnicamente como

²⁸⁹ Véase el capítulo 2, epígrafe 5.

²⁹⁰ En este sentido, el Ministro de Defensa José Bono Martínez, durante su defensa en el Senado del Proyecto de LODN afirmó que «cuando se pone el ejemplo de Kosovo y se habla de que en Kosovo no hubo resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, es cierto, tan cierto como que en la ley que sus señorías considerarán hoy en Pleno se establece que España ha de cumplir con la legalidad internacional que queda dicha y con los compromisos que tiene asumidos con sus aliados, la OTAN y la Unión Europea. Y para que deje de mentirse al respecto de Kosovo, la decisión fue adoptada por la unanimidad del Consejo Atlántico de la OTAN. Ésa es la realidad y, sobre ese asunto, no cabe mentir» (Diario de Sesiones del Senado-Pleno, núm. 60, de 3 de noviembre de 2005, pág. 3286). Con esta intervención, el Ministro de Defensa no se planteó la posibilidad de que la OTAN adopte decisiones contrarias al derecho internacional y reconoció la legalidad de la doctrina de la injerencia humanitaria.

²⁹¹ En el capítulo 4, epígrafe 2, he analizado los elementos de la declaración de guerra que pueden ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa.

una vía de hecho. Ello no impedirá interponer el recurso contencioso-administrativo, ya que las vías de hecho entran dentro del objeto de este recurso (arts. 25.2 y 30 LJCA); aunque sí tendrá importantes consecuencias en cuanto al régimen de medidas cautelares, mucho más beneficioso para el recurrente (art. 136.1 LJCA).

No existe una definición legal de la vía de hecho, sino que es una construcción de la dogmática jurídica²⁹². Doctrinalmente, se entiende que la vía de hecho consiste en una actuación material irregular de la Administración; bien porque se lleva a cabo sin un acto de cobertura o éste adolece de una irregularidad sustancial; bien porque se producen irregularidades o exceso en la ejecución de un acto administrativo²⁹³. Los supuestos que dan lugar a vía de hecho pueden agruparse en: irregularidades en la decisión previa, vicios de procedimiento o vicios de incompetencia referidos al acto de cobertura, y las irregularidades producidas en la ejecución del acto²⁹⁴.

En mi opinión, la participación en un conflicto armado sin cumplir los requisitos del art. 63.3 CE debe considerarse como una vía de hecho, incluso aunque exista autorización del Congreso de los Diputados conforme al art. 17.1 LODN. Hay que tener en cuenta que la doctrina sobre las vías de hecho «se ha generalizado, hasta constituir una sanción general para todos los casos de actuación material irregular de la Administración»²⁹⁵. El envío de tropas y su participación en un conflicto bélico es una actuación material ilegal –inconstitucional– siempre que no haya sido autorizada previamente por las Cortes Generales, ni firmada por el Rey, como impone el art. 63.3 CE. Considero que se trata de un supuesto de vía de hecho por ausencia de acto previo. Incluso aunque el envío de tropas haya sido acordado por el Consejo de Ministros o por el Presidente del Gobierno como sucede habitualmente. Este acuerdo incurre en un vicio sustancial –nulidad de pleno derecho– y, por tanto, debe asimilarse a los supuestos de inexistencia de acto previo que dé cobertura a la actuación material²⁹⁶.

²⁹² Francisco LÓPEZ MENUDO: 1999, 316-317; y José Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 89-90.

²⁹³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2004a, 817.

²⁹⁴ José Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 112; quien analiza exhaustivamente estos supuestos en las págs. 112 a 216. Francisco LÓPEZ MENUDO: 1999, 317-318, agrupa en tres las situaciones que pueden dar lugar a una vía de hecho: a) irregularidades del iter procedimental; b) irregularidades de la decisión previa; y c) irregularidades en la fase de ejecución. Puede verse también Santiago GONZÁLEZ-VARAS: 1994, 23-25.

²⁹⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2004a, 817; seguidos por José Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 217. En un sentido similar, Fernando GARRIDO FALLA: 1999, 267, define la vía de hecho como «toda actuación material de la Administración carente de título jurídico que la justifique».

²⁹⁶ Sobre la asimilación de los vicios esenciales del acto de cobertura a la ausencia de éste, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2004a, 817-818. En el mismo sentido, José

1.2.2. Actos del Gobierno y vías de hecho

Calificar la participación en conflictos armados sin autorización previa de las Cortes Generales como una vía de hecho plantea dos problemas: a) si la vía de hecho es una técnica aplicable a la actuación de Gobierno que implica la dirección de la política nacional; y b) si la vía de hecho protege los intereses legítimos que están presentes en el recurso frente a la participación del Estado español en conflictos armados.

La primera cuestión se plantea porque la vía de hecho es una construcción pensada para controlar la actuación materialmente administrativa; no, por tanto, la actuación materialmente gubernativa, los actos de gobierno.

Desde mi punto de vista, hay que entender que también la actuación de dirección política del Gobierno puede dar lugar a una vía de hecho. El art. 2.a) LJCA sólo hace referencia a los «actos» del Gobierno. No incluye, por tanto, la actuación material constitutiva de vía de hecho. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la vulneración de los derechos e intereses legítimos puede producirse no sólo por actos formales sino por la actividad del Gobierno en su conjunto. Limitar el recurso únicamente a los «actos» del Gobierno vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); lo que puede evitarse por medio de una interpretación extensiva del art. 2.a) LJCA, sustituyendo «actos» por «actividad»²⁹⁷. De esta forma se daría cabida a las vías de hecho en la actuación de dirección política del Gobierno. Interpretación que es coherente con el art. 43.1 LOTC, que sí considera susceptibles de recurso de amparo los actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios.

Por otra parte, una interpretación estricta del art. 2.a) LJCA, que sólo incluyera los «actos» del Gobierno, produciría un efecto perverso. Para evitar el control de la jurisdicción contencioso-administrativa lo único que tendría que hacer el Gobierno es no dictar un acto formal de cobertura y llevar a cabo su actuación material sin más. Pensemos en los siguientes ejemplos, casos en los que el Tribunal Supremo ha controlado actos políticos formales del Gobierno, transformados en vías de hecho: 1) sin

Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 139, considera que cuando se prescinde totalmente del procedimiento establecido nos encontramos ante un caso de ausencia de acto previo.

²⁹⁷ En este sentido, Luciano PAREJO ALFONSO: 1999, 73 y 76, quien apoya la interpretación extensiva del art. 2.a) LJCA en el apartado e) del mismo artículo donde sí se hace referencia a la «actividad» de las Administraciones públicas. Es de la misma opinión, porque no encuentra razones en contra, Francisco LÓPEZ MENUDO: 1999, 319.

procedimiento previo alguno y sin publicarse en el BOE se nombra a una persona como Fiscal General del Estado; y 2) sin procedimiento, ni declaración formal como secreto, el Gobierno no entrega determinada documentación, que se le solicita en el marco de un procedimiento judicial. Si no se reconociera la posibilidad del control judicial sobre estas actuaciones del Gobierno constitutivas de vía de hecho, se estarían vulnerando las exigencias del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En cuanto al segundo problema, la vía de hecho surge como un instrumento jurídico de protección del derecho de propiedad privada y de la posesión, reconociéndose la posibilidad de interponer interdictos ante la jurisdicción civil. El supuesto típico de la protección frente a las vías de hecho es la invasión de terrenos por parte de la Administración sin haber iniciado un expediente expropiatorio²⁹⁸. El derecho a la tutela judicial efectiva se refiere a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24.1 CE). Por ello, la vía de hecho garantiza cualquier derecho o interés legítimo. En este sentido, la exposición de motivos de la LJCA (V), señala que:

«Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y *lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase*. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de medidas cautelares. Por razón de la materia, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estos recursos se explica sobradamente».

También se reconoce expresamente, la posibilidad de que se produzcan lesiones a los derechos fundamentales por medio de una vía de hecho (art. 115.1 LJCA).

Aunque en la declaración de guerra nos encontremos ante un interés difuso²⁹⁹, eso no impide llegar a la misma conclusión. El interés difuso por excelencia es la protección del medio ambiente y es perfectamente posible plantear vías de hecho en este

²⁹⁸ Santiago GONZÁLEZ-VARAS: 1999, 239; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2004a, 817; y José Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 97.

²⁹⁹ Véase epígrafe 3.2 de este capítulo.

ámbito. Por ejemplo, cuando la Administración comienza a construir una obra sometida a evaluación de impacto ambiental, sin haber sometido el proyecto a dicha evaluación.

1.2.3. Tipo de recurso que se puede interponer frente al envío de tropas sin cumplir los trámites del art. 63.3 CE

El art. 25.2 LJCA reconoce la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa las actuaciones materiales de la Administración que constituyan vía de hecho. En estos casos, se puede plantear directamente el recurso contencioso-administrativo, o bien intimar a la Administración a que cese en su actuación, planteando el recurso en el plazo de diez días desde el requerimiento si la Administración continúa su actuación (art. 30 LJCA). El requerimiento previo no es un requisito obligatorio, sino potestativo³⁰⁰.

Además del recurso frente a la vía de hecho, también se puede interponer otro tipo de recurso, siempre que se cumplan los requisitos establecidos³⁰¹. De modo que podría interponerse un recurso contencioso frente a un acto administrativo formal. En nuestro caso, podrá interponerse el recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo del Consejo de Ministros o del Presidente del Gobierno por el que se ordena el envío de tropas para participar en un conflicto armado sin autorización previa de las Cortes conforme al art. 63.3 CE.

Hay, sin embargo, quien realiza una interpretación más estricta. Desde este punto de vista, el recurso frente a las vías de hecho sólo se puede plantear cuando no existe un acto administrativo formal. Si existe un acto administrativo de cobertura, pero afectado por vicios esenciales, sólo podrá interponerse el recurso contencioso ordinario frente a actos, sin que pueda aplicarse el régimen de medidas cautelares previsto para las vías de hecho³⁰².

Desde mi punto de vista, esta opinión doctrinal es de un formalismo riguroso. Introduce una limitación que no se establece en la LJCA. Tiene además el efecto de favorecer al poder público, a quien le bastará adoptar una decisión formal, aunque no se haya realizado ninguna otra actuación del procedimiento, para evitar el régimen de

³⁰⁰ Francisco LÓPEZ MENUDO: 1999, 319-320; Fernando GARRIDO FALLA: 1999, 269; y Miguel SÁNCHEZ MORÓN: 2001, 219.

³⁰¹ En este sentido, Francisco LÓPEZ MENUDO: 1999, 319.

³⁰² José Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 523-524.

medidas cautelares más beneficioso para el recurrente. La tesis más amplia no tiene porqué dar lugar a demandas abusivas, ya que con base en el art. 51.3 LJCA, cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, se podrá inadmitir el recurso si es evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido.

2. Órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso

La declaración de guerra es un acto del Presidente del Gobierno, autorizado por las Cortes Generales y firmado por el Rey. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conoce de los recursos que se planteen frente a «actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno» [art. 12.1.a) LJCA y art. 58.1 LOPJ]. Sin embargo, ni el Tribunal Supremo, ni ningún otro órgano jurisdiccional tiene atribuida la competencia para conocer de los recursos frente a actos y disposiciones dictados por el Presidente del Gobierno³⁰³.

La competencia para conocer de estos recursos le debería corresponder, en principio, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con base en su competencia residual, ya que a éstos le corresponde conocer de los recursos que se planteen en relación con «Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional» [art. 10.1.j) LJCA].

La aplicación de este artículo 10.1.j) LJCA plantea algún problema. En primer lugar, en el caso de la declaración de guerra no nos encontramos ante una actuación administrativa, sino ante un acto del Gobierno [art. 2.a) LJCA]³⁰⁴. Los actos políticos del Presidente del Gobierno no se incluirían en la competencia residual de los Tribunales Superiores de Justicia; y ningún órgano judicial tendría competencia para resolver el recurso frente a dichos actos. Desde mi punto de vista, esta solución de no someter los recursos frente a actos políticos del Presidente del Gobierno a ningún órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa vulnera el contenido del art. 2.a) LJCA y, sobre todo, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE³⁰⁵.

³⁰³ Este problema ha sido señalado por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: 1998, 152-153.

³⁰⁴ Sobre la declaración de guerra como acto político, véase el capítulo 4.

³⁰⁵ Como señala Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: 1991, 1990: «En un Estado de Derecho es inconcebible cualquier exclusión en razón de la materia o en razón de la persona. Ni materias excluidas ni personas

Por otra parte, no parece razonable atribuir al Tribunal Superior de Justicia los recursos frente a los actos del Presidente del Gobierno, mientras que los recursos frente a los actos del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno son competencia del Tribunal Supremo. Creo que debe entenderse que la LJCA ha incurrido en un defecto al no incluir los recursos frente a los actos del Presidente del Gobierno dentro de las competencias del Tribunal Supremo.

Para solventar esta deficiencia propongo una interpretación extensiva del art. 12.1.a) LJCA para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conozca de los recursos que se planteen frente a los actos y disposiciones aprobados por el Presidente del Gobierno. Esta interpretación es coherente con la propia sistemática de la LJCA que sólo ha querido atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos frente a los actos dictados por los órganos de la Administración General del Estado de rango inferior al Ministro o Secretario de Estado, en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa [art. 10.1.i) LJCA]. Pero no les atribuye la competencia para resolver recursos frente a actos y disposiciones dictados por órganos superiores de la Administración o del Gobierno. Además, los recursos frente a los actos políticos del Gobierno son competencia del Tribunal Supremo, ya que normalmente serán actos del Consejo de Ministros [art. 12.1.a) LJCA]. Entonces, parece razonable, que el Tribunal Supremo resuelva también los recursos frente a actos políticos del Presidente del Gobierno³⁰⁶.

3. Legitimación para recurrir

3.1. La legitimación en el orden contencioso-administrativo

La legitimación activa es uno de los requisitos que deben cumplirse para poder acudir ante los tribunales. Es la relación que existe entre una persona y la pretensión que quiere ejercer en vía judicial. La Constitución reconoce, en su art. 24, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. En el mismo sentido, el art. 19.1.a) LJCA reconoce legitimación para recurrir ante la jurisdicción contencioso-

inmunes al control judicial. Todo acto sujeto al Ordenamiento jurídico, toda actividad ordenada por el Derecho, está sujeta al control de los Jueces y Tribunales».

³⁰⁶ En un sentido similar, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: 1991, 1998, considera que, en el caso de los actos del Rey, entre los que incluye la declaración de guerra, la competencia le corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

administrativa a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o un interés legítimo.

La regla general para poder acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa es la existencia de un derecho o un interés legítimo. Los derechos son poderes de actuación que el ordenamiento jurídico otorga a las personas. El concepto de interés legítimo sirve para abrir las puertas de los tribunales a aquellas situaciones que no están cubiertas por un derecho, pero que afectan a los ciudadanos. Por interés legítimo se entiende «la posibilidad efectiva de repercusión no sólo directa sino también indirecta, de la resolución que se dicte en la esfera jurídica de la persona natural o jurídica de que se trate»³⁰⁷.

Sin embargo, el mero interés en la legalidad no se considera como un interés legítimo digno de protección; es decir, el interés de los ciudadanos en que los poderes públicos actúen conforme a lo que establece el ordenamiento jurídico no es valorado por la jurisprudencia como un interés suficiente para poder acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa³⁰⁸. El mero interés en la legalidad sólo permite el acceso a la jurisdicción contenciosa cuando se ha previsto legalmente una acción popular, es decir, cuando la ley establece expresamente en una materia concreta que cualquier ciudadano por el hecho de serlo puede acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de ostentar un derecho o un interés legítimo. Por ejemplo, el art. 109.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, establece que «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación»³⁰⁹.

Como requisitos positivos del interés legítimo se pueden señalar: 1) la posibilidad de evitar un perjuicio u obtener un beneficio si se anula la actuación recurrida; 2) el demandante debe encontrarse en una posición singular e individualizada

³⁰⁷ STS de 26 de junio de 1996 (Az. 7244), FJ 4. Véase también la STC 97/1991, de 9 de mayo, FJ 2; y Santiago GONZÁLEZ-VARAS: 1999, 196.

³⁰⁸ STS de 28 de junio de 1994 (Az. 5050), FJ 2: «Pero la extensión interpretativa de lo que sea el interés legitimador no implica que haya perdido su estricto perfil, de modo que pueda llegar a identificarse con un mero interés en la legalidad. Por el contrario, aun en las descripciones más generosas de la legitimación, la jurisprudencia se ha cuidado de hacer expresa reserva de que en ningún caso se comprenden en ella ni el mero interés en la legalidad ni los agravios potenciales o futuros. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, las Sentencias de 24 de septiembre y 7 de octubre 1992, que con cita de abundantes precedentes jurisprudenciales, la definen positivamente, afirmando que para que exista interés legitimador basta con que el éxito de la acción signifique para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada por el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja».

³⁰⁹ Pueden verse más ejemplos de acción popular en Santiago GONZÁLEZ-VARAS: 1999, 208-209.

en relación con el objeto del recurso; 3) se exige que exista una relación específica con la actuación impugnada; y 4) debe tratarse de un interés real y actual, no meramente hipotético³¹⁰. Los intereses legítimos no son sólo intereses de tipo económico, sino que también se incluyen los intereses morales³¹¹.

Dentro de los intereses legítimos hay que tener en cuenta los intereses plurisubjetivos. Son intereses en los que se pone de manifiesto la dimensión social³¹², no sólo individual, de los intereses legítimos. Su titularidad corresponde a grupos determinados o indeterminados de personas. En este tipo de intereses «nos encontramos ante un grupo de personas que están de manera común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos los individuos integrantes del grupo disfrutan conjunta y solidariamente y con relación al cual experimentan una necesidad común»³¹³. Los intereses plurisubjetivos pueden dividirse en intereses colectivos e intereses difusos: los intereses colectivos corresponden a una comunidad de personas cuyos miembros están determinados o es fácil determinarlos, mientras que los intereses difusos corresponden a un grupo social indeterminado o difícilmente determinable en cuanto a sus integrantes³¹⁴.

Los intereses plurisubjetivos han supuesto una ampliación de la legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin llegar a convertirse en un supuesto de acción popular. Estos intereses plurisubjetivos han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico en el art. 7.3 LOPJ³¹⁵, y en el art. 19.1.b) LJCA³¹⁶. El art. 19.1.b) LJCA reconoce legitimación a:

³¹⁰ Santiago GONZÁLEZ-VARAS: 1999, 197-198.

³¹¹ STS de 22 de noviembre de 1996 (Az. 8089): es exigible «que los demandantes estén revestidos de una cualificación específica, es decir, de una especial relación con el objeto del proceso, interés que existirá siempre que pueda suponerse que la declaración jurídica preconizada coloca a los recurrentes en condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o incluso de índole moral».

³¹² Lorenzo PÉREZ CONEJO: 2002, 68-69.

³¹³ Lorenzo PÉREZ CONEJO: 2002, 79.

³¹⁴ Sigo la propuesta de clasificación mantenida por Lorenzo PÉREZ CONEJO: 2002, 73-74 y 79.

³¹⁵ El art. 7.3 de la LOPJ establece que: «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

³¹⁶ También se reconocen los intereses plurisubjetivos en los artículos 31.1.a) y c) y 31.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en los artículos 17 y 151 del Real Decreto Ley 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; y, en la Exposición de Motivos y en los artículos 6.1.7 y 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Véase Lorenzo PÉREZ CONEJO: 2002, 69-70.

«Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos».

Los intereses colectivos se encuentran vinculados con intereses de grupos profesionales y económicos³¹⁷. Por el contrario, los intereses difusos, que pertenecen por igual a todos los ciudadanos, están muy relacionados con los derechos sociales como la protección del medio ambiente o el derecho a la salud³¹⁸. En cualquier caso, los intereses colectivos y difusos no pueden ampliarse tanto que impliquen, en la práctica, el reconocimiento de una acción popular³¹⁹.

La cuestión es, por tanto, si existe un interés plurisubjetivo –difuso– en que si el Estado español decide participar en un conflicto armado, esta intervención se realice siguiendo el procedimiento establecido en el art. 63.3 CE y no vulnere la Carta de las Naciones Unidas.

Antes de analizar esta cuestión, quiero realizar una crítica general a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la legitimación cuando únicamente se solicita ante los tribunales que los poderes públicos actúen según lo que establece el derecho.

Esta doctrina parece olvidar el presupuesto básico de que la ley es expresión de la voluntad general. Entonces, ¿cómo no va a ser un interés legítimo de los ciudadanos que los poderes públicos cumplan la voluntad popular expresada en las leyes? En un Estado democrático, debería considerarse como un interés legítimo que los ciudadanos exigieran que los poderes públicos cumplieran las leyes.

En mi opinión, la doctrina del Tribunal Supremo es aún más criticable cuando lo que se exige es el cumplimiento de la Constitución, la norma que garantiza el consenso

³¹⁷ STS de 11 de marzo de 2000 (Az. 2997), FJ 2: «En cuanto a los intereses colectivos, si se les quiere diferenciar con nitidez de los meros intereses difusos –reconocidos por el art. 7 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, como aptos para generar un título legitimador– es preciso reconocer en ellos los que corresponden a los entes, asociaciones o corporaciones representativas o depositarias de los intereses de grupos profesionales y económicos».

³¹⁸ En este sentido, Lorenzo PÉREZ CONEJO: 2002, 267-268.

³¹⁹

fundamental de la sociedad y las reglas básicas de su funcionamiento. No se trata de cuestiones de legalidad, sino de cuestiones de constitucionalidad, lo que debería tenerse en cuenta a la hora de ampliar interpretativamente la legitimación³²⁰. En mi opinión, debería ser suficiente el mero interés en la legalidad cuando se recurra el incumplimiento por los poderes públicos de una regla constitucional directamente aplicable, como lo es el art. 63.3 CE.

3.2. La participación en conflictos armados como interés difuso

El interés concreto que está en juego en relación con el art. 63.3 CE podría definirse como el interés en que las decisiones más importantes en materia de defensa nacional y de política internacional sean adoptadas con autorización previa de las Cortes Generales, representantes del pueblo español, y cumplan con la Carta de las Naciones Unidas.

En esta materia no existe una acción popular reconocida por el ordenamiento jurídico. En principio, por tanto, nos encontraríamos ante un mero interés en la legalidad; el cual, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es suficiente para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Salvo que podamos caracterizarlo como un interés legítimo, como un interés legítimo plurisubjetivo.

No se trataría de un interés colectivo porque no afecta, al menos con carácter general, a intereses profesionales o económicos. Desde mi punto de vista nos encontramos ante un interés difuso, que afecta a todos los ciudadanos, basado en una norma constitucional, y que tiene un contenido moral.

Al referirse a una decisión de dirección política afecta a todos los ciudadanos. Es además una decisión de especial trascendencia política y ciudadana; en este sentido se ha señalado que la paz es la *res pública* por excelencia³²¹. Se basa además en la Constitución, no sólo en la regulación del art. 63.3 CE, que es una regla de eficacia directa, sino también en cuanto al valor constitucional paz³²².

³²⁰ El TS, sin embargo, equipara el interés en el cumplimiento de la legalidad con el interés en el cumplimiento de la Constitución. Así, la STS de 18 de enero de 2005 (Az. 899), FJ 2, alude a que «no puede invocarse el mero interés por la legalidad o la constitucionalidad de la norma para justificar la legitimación activa».

³²¹ Javier DE LUCAS: 1985, 93. Por su parte, Consuelo RAMÓN CHORNET: 2005, 700, considera que «No hay decisión más grave para un país que tomar parte en una guerra, en un conflicto armado».

³²² He analizado la eficacia directa del art. 63.3 CE en el capítulo 2, epígrafe 2, y el valor constitucional paz en el epígrafe 3.6 del mismo capítulo.

La dimensión moral está fuertemente implicada. En otras palabras, lo que está en juego es el interés en que el propio gobierno no mate a personas en el nombre de uno. La decisión de que el Estado participe en una guerra afecta a la dimensión más íntima del individuo, a sus convicciones ideológicas y/o religiosas. Conviene recordar que el noventa por ciento de las víctimas de los conflictos armados son civiles. Y que la decisión de participar en un conflicto armado supone que se va a matar indiscriminadamente a seres humanos; porque para la estrategia militar la población se ha convertido en un objetivo militar prioritario³²³; como demostraron los bombardeos de la OTAN sobre Serbia en 1999. El discurso de los «daños colaterales» no debería hacernos olvidar que estas muertes son el medio para obtener determinados objetivos económicos, políticos o geoestratégicos.

3.3. Supuestos de legitimación frente a la declaración de guerra

Ya he señalado que, desde mi punto de vista, es un interés legítimo difuso el interés en que las decisiones más importantes en materia de defensa nacional y de política internacional sean adoptadas con autorización previa de las Cortes Generales y que no vulneren la Carta de las Naciones Unidas.

La siguiente cuestión es plantearse qué personas y sujetos pueden acudir ante los tribunales contencioso-administrativos en defensa de dicho interés legítimo. Aunque, como veremos, hay otros derechos e intereses que pueden otorgar la legitimación. En cuanto al interés difuso, tomando como punto de partida la jurisprudencia sobre esta

³²³ El derecho internacional parte de la distinción entre los combatientes y la población civil. Así, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Ginebra, 8 de junio de 1977; Instrumento de Ratificación de 21 de abril de 1989; BOE de 26 de julio de 1989; que entró en vigor para España el 21 de octubre de 1989) establece en su art. 48: «A fin de garantizar el respeto y la protección civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre pueblo, deerrrr31915()-5.31915424(e)-17.417

cuestión, considero que hay que valorar dos elementos, que se encuentran en tensión. Reconocer una legitimación a cualquier persona –física o jurídica– supondría el reconocimiento jurisprudencial de una acción popular, cuando las leyes no lo reconocen. Pero ser excesivamente estrictos en cuanto a la legitimación por este interés difuso significaría que nadie podría acudir ante los tribunales contencioso-administrativos para recurrir las intervenciones militares llevadas a cabo sin seguir el procedimiento del art. 63.3 CE y/o vulnerando la Carta de las Naciones Unidas. De este modo se habría constituido un ámbito de poder inmune al control jurídico. Si se excluye cualquier tipo de legitimación, aunque los tribunales contencioso-administrativos puedan controlar los actos políticos con base en el art. 2.a) LJCA, en la práctica se estará negando este control.

Por tanto, la legitimación frente al interés difuso implicado en el art. 63.3 CE tiene un límite máximo: no puede suponer el reconocimiento de una acción popular. Pero también tiene un límite mínimo: debe reconocerse legitimación a algún sujeto o persona jurídica, pues de otro modo se habría creado un ámbito de poder inmune al control jurídico, lo que contradice las exigencias del principio del Estado de derecho (art. 1.1 CE). La legitimación no puede convertirse en un impedimento para entrar a valorar la legalidad o ilegalidad de las intervenciones bélicas realizadas sin previa declaración de guerra.

Voy a distinguir varios supuestos, diferenciando entre personas físicas y personas jurídicas. Dentro de las personas físicas analizo: a) ciudadanos y ciudadanas; b) militares; y c) diputados y senadores. Dentro de las personas jurídicas tengo en cuenta: d) las asociaciones pacifistas, y e) los partidos políticos.

[a] En cuanto a los ciudadanos y ciudadanas, el ATS de 8 de enero de 2004 (Az. 16422), FJ 3, no les ha reconocido legitimación para recurrir los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se decidió el envío de ayuda humanitaria a Irak y el envío de unidades militares. Según el FJ 3 de dicho auto:

«En definitiva pretender que cualquier ciudadano español en uso de sus derechos cívicos está legitimado para impugnar los Acuerdos de que se trata es tanto como mantener que existe una acción pública en la materia. Ahora bien, en nuestro ordenamiento para que exista una acción popular o acción pública ello debe estar reconocido por la Ley, como sucede por ejemplo en

materia de legalidad urbanística. No siendo así, como no lo es en el caso de autos, para que exista la legitimación el actor debe ser titular de un interés legítimo, y ello tras la ampliación por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la exigencia más restrictiva de un interés directo.

Este interés legítimo, a no confundir desde luego con la acción popular, ha sido precisado por múltiples Sentencias de esta Sala, pudiendo citarse por más significativas y recientes las de 30 de enero de 2001 y 12 de febrero y 22 de abril de 2002. Según la primera de ellas, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, el interés legítimo equivale a titularidad potencial de una situación de beneficio o de utilidad jurídica por parte de quien ejercita la acción, que se materializaría si ésta prosperase. A tenor de la segunda, aparte de que no puede confundirse con la acción pública, el interés legítimo tiene su concreción en los posibles efectos favorables o desfavorables que puedan tener los actos impugnados en los derechos o expectativas legítimos del recurrente. Por último según la tercera, que también menciona la distinción entre interés legítimo y acción popular, la legitimación existe cuando se aprecia un punto de conexión con el círculo vital de intereses del recurrente.

Entiende la Sala que ninguna de estas circunstancias concurren en el presente supuesto, pues el actor no ha llegado a demostrar los beneficios o utilidades o el menoscabo de ellos, ni los efectos favorables o desfavorables de los Acuerdos que afectarían precisamente a su círculo vital de intereses individuales, pues no debe olvidarse que recurre a título individual».

Este auto es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no reconoce legitimación a los ciudadanos que, actuando a título individual, pretenden hacer valer intereses difusos; salvo que exista un punto de conexión entre el interés difuso y el «círculo vital de intereses» del ciudadano recurrente³²⁴.

[b] En cuanto a los militares sólo se planteará el problema de la legitimación en relación con aquellos que son movilizados y que van a participar efectivamente en los ataques armados. Los militares no movilizados pueden verse afectados en el futuro, pero

³²⁴ STS de 22 de abril de 2002 (Az. 9060), FJ 9 y 11.

como vimos, según la jurisprudencia el interés legítimo no incluye los perjuicios potenciales.

El ATS de 8 de enero de 2004 (Az. 16422), FJ 3, tampoco reconoce legitimación a los militares, sin distinguir si van a ser movilizados o no. El Tribunal Supremo justifica su decisión en la idea de la obediencia debida:

«Nótese que en este caso no se trata de la legitimación de una persona jurídica ni hay duda sobre si el legitimado es el recurrente o lo sería otra persona o entidad. La cuestión es diferente y consiste en que se pretende estar legitimado por ser un ciudadano español en pleno uso de sus derechos cívicos, *razonamiento que sólo se refuerza tenuemente alegando la condición de militar profesional del actor lo que no implica la legitimación, más bien al contrario, pues como él mismo reconoce si le afectara directamente el envío de unidades militares al extranjero estaría obligado en virtud de obediencia debida*» (la cursiva es mía)³²⁵.

Desde mi punto de vista, esta argumentación es muy criticable. Una cosa es que los militares estén obligados a cumplir las órdenes y otra que no puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) frente a las órdenes que se les imponen. Los militares también son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, cuando la Constitución quiere establecer un límite a los derechos de los militares, lo hace expresamente, como sucede con el derecho a sindicarse libremente (art. 28.1 CE). Y la tutela judicial efectiva no establece esta limitación. Hay que tener en cuenta, además, que la interposición del recurso no va a suspender los efectos de la orden de movilización, salvo que se otorgue dicha medida cautelar. De este modo se garantiza el valor de la eficacia en la administración militar.

El deber de obediencia de los militares se encuentra recogido en el art. 32 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas:

«Cualquiera que sea su grado acatará las órdenes de sus jefes. Si considera

³²⁵ En el Auto que resuelve el recurso de súplica frente a dicha inadmisión, el TS señala: «Por último el recurrente no interpreta de forma acertada la alusión del Auto recurrido a su condición profesional de militar, pues con dicha alusión se pretendía únicamente expresar que esa condición no añade nada específico a su legitimación procesal», ATS de 16 de marzo de 2004 (Az. 114243), FJ único.

su deber presentar alguna objeción la formulará ante su inmediato superior, siempre que no perjudique a la misión encomendada, en cuyo caso la reservará hasta haberla cumplido».

El deber de obediencia de los militares tiene una importante excepción. Según el art. 34 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas:

«Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que sean manifiestamente contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión»³²⁶.

El Tribunal Supremo concibe el deber de obediencia de los militares como una especie de *obediencia ciega*. Esta obediencia ciega no está recogida en nuestro derecho positivo. Los militares no están obligados a obedecer aquellas órdenes que constituyan un delito o sean contrarias a las leyes y usos de la guerra. Además tienen reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE).

³²⁶ Como recuerda José Luis GORDILLO: 1993, 169, en relación con este artículo: «Según el Principio sexto del Tribunal de Nuremberg, proyectar, preparar, provocar o perseguir una guerra de agresión o una guerra en la que se violen los tratados, acuerdos y compromisos internacionales es un “crimen contra la paz”; y según el Principio séptimo del mismo Tribunal, la complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, de un crimen de guerra o de un crimen contra la humanidad es, a su vez, un crimen de Derecho Internacional. También hay que tener en cuenta, como elementos que se deben relacionar con la legitimidad de la guerra y del servicio militar, lo dispuesto en las sucesivas convenciones de Ginebra de 1906, 1929, 1949, y los Protocolos añadidos en 1977, en los que se prohibía masacrar prisioneros y civiles, y usar determinadas armas como gases tóxicos y asfixiantes, armas químicas y bacteriológicas. Asimismo, no hay que olvidar la Convención “sobre la prevención y la punición del crimen de genocidio».

Entre las «leyes y usos de la guerra» se puede mencionar el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Ginebra, 8 de junio de 1977; Instrumento de Ratificación de 21 de abril de 1989; BOE de 26 de julio de 1989; que entró en vigor para España el 21 de octubre de 1989) establece, en su Título IV (arts. 48 ss) medidas de protección de la población civil. «No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles» (art. 51.2); «Se prohíben los ataques indiscriminados» (art. 51.4); «Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques no represalias» (art. 52.1; criterios sobre los objetivos militares en los arts. 52.2 y 3); «Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles» (art. 54.1); «Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil» (art. 57.2).

En mi opinión, por tanto, debe reconocérseles legitimación para recurrir siempre que sean movilizados.

[c] Los diputados y senadores podrían recurrir en el caso de que el Estado español participe en un conflicto armado sin que haya sido autorizada previamente por las Cortes Generales en virtud del art. 63.3 CE. En este caso es estaría vulnerando el derecho de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE).

El art. 23.2 CE garantiza, en primer lugar, el «derecho de los ciudadanos a ser elegibles o candidatos, en condiciones de igualdad, en todas las elecciones propias de la democracia representativa»³²⁷. Cubre así el llamado «derecho electoral pasivo»³²⁸. Sin embargo, el contenido del art. 23.2 CE va más allá³²⁹, e incluye los derechos y facultades que corresponden a cada cargo, el llamado *ius in officium*, que se encuentra protegido frente a actos del poder público que ignoren o constriñan ilegalmente tales derechos y facultades³³⁰. Entre estos actos del poder público se incluyen, aunque con carácter excepcional, los actos del Gobierno que impidan o coarten la función parlamentaria, en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Parlamento³³¹.

³²⁷ Luis María Díez-PICAZO: 2003, 345.

³²⁸ Según la STC 71/1984, de 20 de abril, FJ 4, «el derecho de sufragio pasivo tiene como contenido esencial asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos». Doctrina reiterada por la STC 27/1990, de 22 de febrero, FJ 3. También se recogen menciones al «derecho electoral pasivo» en la STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2.

³²⁹ Sobre la delimitación jurisprudencial amplia del contenido del derecho de acceso a los cargos públicos representativos del art. 23.2 CE, puede verse Luis María Díez-PICAZO: 2003, 351-355.

³³⁰ Según la STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7: «El derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución (...), es un derecho de configuración legal, como de forma inequívoca expresa el último inciso del precepto y, en su consecuencia, compete a la Ley, comprensiva según se deja dicho, de los Reglamentos parlamentarios, el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, éstos quedan integrados en el status propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 de la Constitución, defender ante los órganos judiciales –y en último extremo ante este Tribunal– el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo, con la especialidad de que si el órgano es parlamentario la defensa del derecho deberá promoverse directamente ante esta jurisdicción constitucional en aplicación de los dispuesto en el art. 42 de la LOTC».

³³¹ STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5: «los actos a través de los cuales se articulan las peticiones de información y preguntas de los parlamentarios a los miembros del Gobierno y, en general, todos aquellos que se produzcan en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Parlamento, incluidos los autonómicos, agotan normalmente sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de los instrumentos de control político, que excluye, generalmente, tanto la fiscalización judicial como la de este Tribunal Constitucional, al que no le corresponde el control de cualquier clase de alteraciones o irregularidades que se produzcan en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo; sin embargo, la doctrina general anterior no excluye que, excepcionalmente, en el desarrollo de esa clase de relaciones pueda vulnerarse el ejercicio del derecho fundamental que a los parlamentarios les garantiza el artículo 23 de la CE, bien por el Ejecutivo, bien por

En relación con la participación en conflictos armados –la declaración de guerra– considero que resulta aplicable esta doctrina sobre el art. 23.2 CE. La autorización contenida en el art. 63.3 CE es una de las facultades que conforman el contenido del cargo de parlamentario; en este caso ha sido constitucionalizada, por lo que no podrá ser eliminada por el legislador. Además, es un mecanismo de control de la acción del Gobierno. Por todo ello, entiendo que el art. 63.3 CE forma parte del «núcleo esencial de la función representativa parlamentaria», al que hace referencia la STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5. Cuando el Presidente del Gobierno decide que el Estado español participe en un conflicto armado sin solicitar la preceptiva autorización de las Cortes se trata, en mi opinión, de uno de los supuestos excepcionales dentro de las relaciones entre Gobierno y Cortes Generales en los que se vulnera el derecho de acceso a los cargos públicos representativos reconocido en el art. 23.2 CE.

Los diputados y senadores, por tanto, estarán legitimados en este caso para interponer un recurso contencioso-administrativo³³². Al tratarse de un derecho fundamental, podrían interponer recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y siguientes LJCA), pudiendo llegar a plantear recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional una vez agotada la vía judicial previa. Sólo son titulares de este derecho los diputados o senadores, o los

los propios órganos de las Cámaras, si se les impide o coarta el ejercicio de la función parlamentaria. Es importante destacar que esto no supone constitucionalizar todos los derechos y facultades que constituyen el Estatuto del parlamentario, sino tan sólo aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del Gobierno, debiendo, además, sostenerse que, mientras los obstáculos al ejercicio de las facultades que integran la función parlamentaria provenientes de los propios órganos de las Cámaras son, en principio, susceptibles de revisión en amparo, las respuestas o actuaciones del Ejecutivo en réplica a tal ejercicio constituyen, también en principio, ejercicio de las funciones gubernamentales propias, susceptibles de control político y parlamentario –y, en última instancia, electoral–, pero no revisables, en general, desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida en modo alguno por la Constitución, y poco conveniente con el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras legislativas y del Gobierno».

³³² Como ejemplo de control por los tribunales contencioso-administrativos sobre vulneraciones del derecho del art. 23.2 CE puede señalarse la STS de 1 de diciembre de 2003 (Az. 8511), FJ 5; doctrina reiterada por la STS de 4 de diciembre de 2003 (Az. 552 del año 2004), FJ 2. En ambas sentencias se trataba del derecho a solicitar información y documentos de la Diputación Foral de Guipúzcoa por parte de dos integrantes de dicha Diputación (Procuradores a Juntas Generales).

En la primera sentencia citada, dictada en casación, se menciona (FJ 1) que el primer recurso se interpuso a través de la, entonces vigente, vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales prevista en la Ley 62/1978; sustituida, en la actualidad, por el recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y ss LJCA).

Otro ejemplo interesante se encuentra en la STS de 19 de diciembre de 1990 (Az. 623 del año 1991), FJ 3, en el que se considera que la ausencia del Alcalde al pleno extraordinario en el que se iba a votar una moción de censura presentada contra él supone una clara violación del art. 23 CE, en sus dos apartados (en el FJ 1 se califica dicha actuación como una vía de hecho).

grupos parlamentarios, pero no los partidos políticos, ni las personas jurídicas en general³³³.

Pasando a la legitimación de las personas jurídicas, se reconoce legitimación, con carácter general, a aquellas personas jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo [art. 19.1.a) LJCA]. Aunque también están legitimadas «Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el art. 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos». Como ya he señalado voy a analizar la legitimación de las asociaciones pacifistas y de los partidos políticos.

[d] En relación con las asociaciones pacifistas, o ecopacifistas, debe presumirse su legitimación. La Audiencia Nacional reconoció legitimación a la «Asamblea per la Pau y el Desarmament» para recurrir la Resolución de 17 de mayo de 1990, del Ministerio de Asuntos Exteriores, por la que se autorizó al buque de guerra estadounidense portaaviones USS «Eisenhower» (CNV 69) realizar escala de rutina en la Bahía de Palma de Mallorca durante los días 15 a 22 de julio de 1990. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 1993³³⁴, FJ 4, señaló que:

«Tampoco procede apreciar falta de legitimación activa en la entidad recurrente, pues el fin estatutario no significa necesariamente que sea éste el límite al ejercicio de su actividad o, como ocurre en autos, para ejercitar su derecho a promover la acción de los Tribunales máxime tras la amplitud legitimadora que abre el interés no ya directo, sino meramente legítimo, y máxime *en relación a una cuestión no extravagante respecto de sus fines, sino íntimamente ligada a lo que es una actividad comprometida con el pacifismo y el desarme*; a lo dicho debe añadirse, de nuevo, que tampoco en vía administrativa y al resolver el recurso de reposición, tampoco la Administración objetó falta de interés de tal entidad, y eso aun cuando en tal vía es también exigible (art. 113.1 de la LPA [se refiere a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1956]), y si bien es cierto que tal

³³³ STC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2; STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ 1; y la jurisprudencia citada en esta última.

³³⁴ Actualidad Administrativa, nº 3 de 1994 (17 a 23 de enero), referencia 58/1994.

aquietamiento no vincula al Tribunal pues sólo a este compete velar por la regular constitución de la relación procesal como cuestión de orden público, no puede perderse de vista que el criterio legitimador es idéntico en la vía previa administrativa respecto de la judicial» (la cursiva es mía).

Esta doctrina es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconoce que «cualquier asociación o Entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines» puede recurrir si tales fines se refieren a un interés legítimo³³⁵. Además, conviene recordar que los tribunales de lo contencioso administrativo reconocen sin problemas la legitimación de las asociaciones ecologistas para recurrir en defensa de la protección ambiental todo tipo de actuaciones administrativas³³⁶. La protección del medio ambiente (art. 45 CE) es uno de los ejemplos típicos de intereses difusos. Por los mismos motivos debe reconocerse legitimación a las asociaciones pacifistas y ecopacifistas para recurrir la participación española en conflictos armados.

Podrán recurrir, por tanto, las asociaciones en cuyos estatutos se establezca como «fines y actividades de la asociación» la promoción de la paz³³⁷, como la «Fundació per la Pau»³³⁸. Incluso aunque tengan unos fines más amplios, por ejemplo ecologistas. Referencias de este tipo se encuentran en los estatutos de «Greenpeace»³³⁹.

³³⁵ STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 2.

³³⁶ Santiago GONZÁLEZ-VARAS: 1999, 199, en relación con las asociaciones comenta: «Se presuponen los requisitos básicos y elementales de la legitimación y, así, una asociación ambiental está legitimada si hace valer “de manera clara e individualizada el acto o actos administrativos que hubieren podido incidir sobre la naturaleza y el medio ambiente (...), actos en los que sea evidente la presencia de intereses colectivos o difusos por la incidencia que aquellos actos administrativos hubieran podido tener en la naturaleza o el medio ambiente. No basta un mero interés por la legalidad” (STS de 22 de noviembre de 1996, Ar. 8089)».

La STS de 24 de diciembre de 2001 (Az. 1490 del año 2002), FJ 2, reconoció legitimación a Ecologistas en Acción-Coda y a Greenpeace-España para recurrir el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizó la construcción de un almacén de combustible gastado en la central nuclear de Trillo: «Las asociaciones recurrentes gozan de la legitimación que les reconoce el artículo 19.1.b) LJCA, e, independientemente de ello, de la que les otorga el artículo 304 LS [Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992], aplicable también cuando se trata de impugnar acuerdos del Consejo de Ministros adoptados conforme a lo previsto en el artículo 244.2 de esta Ley».

La STS de 23 de diciembre de 2002 (Az. 873 del año 2003), FJ 4, reconoció legitimación a la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza, AEDENAT, para recurrir la denegación presunta de la solicitud de la clausura de las instalaciones de Sierra Albarrana, conocidas como «Cementerio de El Cabril» en cuanto al depósito de materiales nucleares. Además de su objeto estatutario, el TS considera que AEDENAT está legitimada ya que actúa «en defensa de un interés colectivo».

³³⁷ La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación, establece en su art. 7.1.d) que los Estatutos deberán contener «Los fines y actividades de la asociación, descritos de forma precisa».

³³⁸ Según el art. 6 de los estatutos de la Fundació per la Pau:

«Són fins de la Fundació:
a) Educar per la Pau.

En virtud del principio a favor del actor (principio *pro actione*)³⁴⁰, considero suficiente una alusión genérica al valor paz en los estatutos³⁴¹, sin que pueda exigirse que se recojan en los estatutos asociativos alusiones del tipo «llevar a cabo las acciones legales pertinentes contra los actos estatales contrarios a los valores de paz».

Cuando las asociaciones recurran, deberán acreditar su legitimación presentando copia de los estatutos por los que se rige la asociación³⁴², y también deben incluir el acuerdo del órgano asociativo competente por el que se decide interponer el recurso [art. 45.2.d) LJCA]; ya que, de lo contrario, éste se inadmitirá con base en el art. 69.b) LJCA³⁴³.

b) Afavorir l'aparició d'una consciència cívica col·lectiva que determini una pressió democràtica creixent en favor de la Pau, entesa en la sea més amplia accepció.

c) Promocionar la cooperació i el diàleg entre grups humans.

d) Aportar a col·laboració catalana a la comunitat internacional.

e) Col·laborar amb totes les institucions que lluitin per la Pau».

Aunque se trata de una fundación, considero que no se pueden plantear reparos en cuanto a su legitimación, ya que por su objeto concurre en ella un interés legítimo a la hora de impugnar la participación española en conflictos armados.

³³⁹ El art. 2 de los Estatutos de Greenpeace España, aprobados el 24 de enero de 2004 establece:

«Artículo 2. Objetivos

1. La Asociación Greenpeace-España tiene como objetivo la implantación, promoción y actualización de la protección y defensa de la naturaleza y el medio ambiente mediante el fomento de su conocimiento y la colaboración con cuantas personas e instituciones, públicas o privadas, actúen en dichos campos. Para la consecución del objetivo descrito, la Asociación se traça los siguientes fines:

1.1. Identificar, denunciar y vigilar temas de importancia que afecten a las especies animales y vegetales en peligro, los ecosistemas y el medio ambiente en general.

1.2. *Promover todo tipo de actuaciones que favorezcan la paz y el desarme.*

1.3. Aumentar la conciencia pública y el conocimiento de los temas del medio ambiente, *la paz y el desarme* a través de los medios de comunicación y de programas educativos.

1.4. Desarrollar y llevar a cabo proyectos para ayudar a la protección de las especies animales y vegetales, los ecosistemas y el medio ambiente en general.

1.5. En general, cuantos fines lícitos y legalmente permitidos se encuadren en el espíritu de estos estatutos y aun no estando explícitos en los mismos, constituyan su presupuesto, complemento o consecuencia» (la cursiva es mía).

Los estatutos de Greenpeace España se pueden consultar en la página web <http://www.greenpeace.org/raw/content/espana/reports/estatutos-de-greenpeace-esp-a.pdf>.

³⁴⁰ Con base en este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que «*los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales (...), no sólo de manera razonable y razonada sin sobra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio “pro actione”, con “interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican”*» (la cursiva es mía), STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 4 y STC 24/2001, de 29 de enero, FJ 3.

³⁴¹ La STS de 23 de diciembre de 2002 (Az. 873 del año 2003), FJ 4, reconoció legitimación a AEDENAT, entre otras razones porque «Según el art. 2 de esos Estatutos, AEDENAT es una Asociación Ecologista para la Defensa de la Naturaleza que puede realizar “todos los actos lícitos necesarios a la consecución de sus fines”, entre ellos los de “plantear alternativas frente a la degradación del medio en general y particularmente cuando haya amenazas relacionadas con la calidad de vida de los asentamientos humanos”».

³⁴² STS de 10 de junio de 2004 (Az. 3826), FJ 3.

³⁴³ STS de 7 de julio de 1997 (Ar. 6888), FJ 3; STS de 8 de junio de 1999, (Az. 5851), FJ 1; STS de 23 de diciembre de 2002 (Az. 873 del año 2003), FJ 4; y STS de 15 de junio de 2004 (Az. 5845), FJ 2.

[e] En cuanto a los partidos políticos, el TS no les reconoce legitimación con carácter general para recurrir decisiones administrativas. Según la jurisprudencia:

«Los partidos políticos constituyen instrumentos de participación política de los ciudadanos en el Estado democrático. Según el artículo 6 de la Constitución expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. *Esta naturaleza les atribuye una función política de carácter general que no es suficiente, sin embargo, para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier disposición o acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento. No es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política.* Sostener la existencia en favor de los partidos de legitimación para impugnar cualquier disposición o acto administrativo por la relación existente entre los fines que aquéllos pueden perseguir según su ideología o programa de actuación y el sector político, social o económico sobre el que produce efectos aquella disposición o acto equivaldría a reconocerles una acción popular (la cursiva es mía)»³⁴⁴.

Es en el marco de esta doctrina en la que hay que entender la alusión contenida en el ATS de 16 de marzo de 2004 (Az. 114243), FJ único, que parece indicar que los partidos políticos no estarían legitimados para recurrir los Acuerdos del Consejo de Ministros que decidieron el envío de ayuda humanitaria y de unidades del ejército a Irak. Dicho Auto señala que: «Ya es bastante que el propio recurrente afirme que en cualquier caso corresponde una legitimación plena a los partidos y grupos políticos a los

³⁴⁴ STS de 18 de enero de 2005 (Az. 899), FJ 2 y STS de 6 de abril de 2004 (Az. 2683), FJ 3. En la primera sentencia, no se reconoció legitimación al partido Familia y Vida para recurrir el Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en cuanto a la deducción por maternidad. En la segunda sentencia, tampoco se reconoció legitimación a Ezker Batua-Izquierda Unida para recurrir el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002.

que se ha dirigido sin éxito, aunque desde luego *los partidos pueden plantear la cuestión en el debate público y no en sede jurisdiccional*» (la cursiva es mía).

4. Adopción de medidas cautelares

La interposición de un recurso contencioso-administrativo, por regla general, no deja sin efectos la actuación del poder público impugnada, no suspende la eficacia del acto administrativo recurrido. A ello se suma que el orden contencioso-administrativo sufre un fuerte retraso. Es habitual que transcurran entre cinco y siete años desde que se interpone el recurso hasta que se dicta sentencia. Pasados esos años, una sentencia favorable pierde, en muchas ocasiones, su sentido. Pensemos, por ejemplo, en que el Tribunal Supremo diera la razón en 2006 a una asociación pacifista que hubiera recurrido la participación española en los bombardeos de la OTAN sobre Serbia en 1999. ¿Para qué serviría esa sentencia que declare ilegal la participación española en dichos bombardeos?

Por tanto, es necesario que, antes de dictar sentencia, los tribunales puedan adoptar medidas preventivas para evitar que las sentencias dejen de ser eficaces, pierdan todo su sentido. Ello se realiza a través de las medidas cautelares. Las medidas cautelares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)³⁴⁵. Son un instrumento para garantizar la efectividad de la sentencia (art. 129.1 LJCA). Pueden adoptarse cautelarmente «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (art. 129.1 LJCA). Esto implica que los jueces y tribunales no sólo podrán suspender la eficacia del acto impugnado, sino que podrán otorgar las llamadas medidas cautelares positivas, como la paralización de una actuación administrativa o el otorgamiento provisional de lo solicitado. Las medidas cautelares positivas resultan especialmente eficaces cuando lo que se recurre es la inactividad de la Administración o una actuación material constitutiva de vía de hecho.

Estas medidas se adoptan únicamente a instancia de parte, es decir, han de ser solicitadas por las partes sin que el órgano judicial las pueda adoptar de oficio por su propia iniciativa³⁴⁶. La regla general es que pueden solicitarse en cualquier fase del

³⁴⁵ STC 14/1999, de 10 de febrero, FJ 7; STC 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 3; y STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 4. La exposición de motivos de la LJCA (apartado VI.5) también reconoce que «la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva».

³⁴⁶ Carmen CHINCHILLA MARÍN: 1999a, 867.

procedimiento (art. 129.1 LJCA), por tanto, una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo. Aunque, ante una vía de hecho pueden solicitarse antes incluso de interponer el recurso (art. 136.2 LJCA).

La LJCA regula dos modelos de medidas cautelares: las medidas cautelares del régimen común y las medidas cautelares del régimen especial, aplicables estas últimas en los recursos frente a la inactividad administrativa o frente a las vías de hecho. En el régimen común el otorgamiento de medidas cautelares es excepcional, mientras que en el régimen especial es la regla³⁴⁷.

En cuanto al régimen común, el art. 130.1 LJCA establece que «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso». De esta forma se alude a que el presupuesto para la adopción de las medidas cautelares es la necesidad de evitar un perjuicio difícil de reparar³⁴⁸; requisito que se conoce doctrinalmente como *periculum in mora*. El art. 130.1 LJCA también impone que se lleve a cabo una ponderación de todos los intereses en conflicto, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso³⁴⁹. Estos dos elementos, el perjuicio irreparable y la ponderación de intereses, son los criterios a los que la jurisprudencia otorga más importancia³⁵⁰. Por último, y aunque el art. 130 LJCA no lo incluye expresamente, doctrinalmente se tiene en cuenta también la apariencia de buen derecho, o *fumus boni iuris*. Este criterio de la apariencia de buen derecho implica que el órgano judicial debe también valorar la solidez de las pretensiones del recurrente, las posibilidades de que quien solicita la medida cautelar obtenga finalmente una sentencia favorable³⁵¹. El Tribunal Supremo

³⁴⁷ Carmen CHINCHILLA MARÍN: 2001, 594-595.

³⁴⁸ Carmen CHINCHILLA MARÍN: 1999b, 871-872 y 2001, 610-611. Esta autora considera que, si los perjuicios fueran fácilmente reparables, no sería necesario otorgar las medidas cautelares.

³⁴⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2004b, 650-651, realizan una interpretación favorable al otorgamiento de las medidas cautelares ya que entienden que, como obtener la medida cautelar forma parte de un derecho fundamental, sólo podrá denegarse cuando se enfrente a otro derecho fundamental protegido por la actuación administrativa o de un tercero. Pero el otorgamiento de la medida cautelar prima frente a meros intereses, aunque se trate de los intereses generales.

³⁵⁰ En este sentido STS de 15 de diciembre de 2003 (Az. 328 del año 2004), FJ 3; STS de 2 de marzo de 2004 (Az. 3481), FJ 3, 5 y 7; ATS de 12 de julio de 2000 (Az. 7781), FJ 2.c) y d) y FJ 3.e); ATS de 12 de septiembre de 2000 (Az. 282 del año 2001), FJ 3 y 4; ATS de 31 de octubre de 2000 (Az. 9884), FJ 2; ATS de 7 de noviembre de 2000 (Az. 285 del año 2001), FJ 1; ATS de 5 de febrero de 2001 (Az. 1398), FJ 2; ATS de 6 de marzo de 2001 (Az. 2847), FJ 3; ATS de 8 de marzo de 2001 (Az. 2848), FJ 1 y 3; ATS de 21 de marzo de 2001 (Az. 5915), FJ 2; ATS de 3 de mayo de 2001 (Az. 5039), FJ 1 y 2; ATS de 8 de mayo de 2001 (Az. 6166), FJ 2; y ATS de 26 de noviembre de 2001 (Az. 4176), FJ 3.

³⁵¹ Carmen CHINCHILLA MARÍN: 1999b, 875, y 2001, 623. Mariano BACIGALUPO: 1999, 151, considera que debe tenerse en cuenta el criterio de la apariencia de buen derecho «como criterio básico, principal o preferente para el otorgamiento de la tutela cautelar»; para este autor, el criterio de la

considera que la apariencia de buen derecho es un elemento secundario en el otorgamiento de la tutela cautelar. Además, la línea jurisprudencial mayoritaria interpreta este criterio de forma muy restrictiva, ya que sólo concurre cuando la actuación impugnada ejecuta una norma declarada nula o es idéntico a un acto o norma anulados judicialmente; pero no lo tiene en cuenta cuando la causa de nulidad que se alega ha de ser valorada por primera vez en el proceso principal, porque ello implicaría prejuzgar la cuestión de fondo³⁵².

El régimen común de medidas cautelares resultará aplicable cuando la decisión de participar en un conflicto armado y enviar tropas se haya realizado con la previa autorización de las Cortes Generales cumpliendo los requisitos del art. 63.3 CE. En estos casos difícilmente los tribunales otorgarán medidas cautelares. Como las Cortes han otorgado su autorización y el Rey la ha firmado el acuerdo de envío de tropas goza de la presunción de validez; existe una apariencia de buen derecho. Salvo que exista una vulneración clara de la Carta de las Naciones Unidas existirá dicha apariencia; apariencia que desaparecerá cuando por ejemplo se interviene sin previa resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por tanto, cuando hay declaración formal prima el interés general en participar en el conflicto armado, decisión adoptada por el Presidente del Gobierno cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 63.3 CE.

Si lo que se recurre es una vía de hecho, es decir, la participación en un conflicto armado adoptada sin seguir el procedimiento del art. 63.3 CE (autorización de las Cortes Generales, fundamentalmente), la solución debe ser, en principio, la contraria porque resulta aplicable el régimen especial de medidas cautelares. Frente a las vías de hecho, se adoptarán las medidas cautelares, salvo que se aprecie con evidencia que no se da una situación de vía de hecho o la medida cautelar ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de terceros (art. 136.1 LJCA)³⁵³. El presupuesto para la

apariencia de buen derecho debe tenerse en cuenta dentro de la ponderación a que obliga el art. 130 LJCA (págs. 154-155).

³⁵² ATS de 7 de noviembre de 2000 (Az. 285 del año 2001), FJ 4.a); ATS de 24 de enero de 2001 (Az. 6165), FJ 6; ATS de 8 de mayo de 2001 (Az. 6166), FJ 5; ATS de 14 de noviembre de 2001 (Az. 348 del año 2002), FJ 2; ATS de 26 de noviembre de 2001 (Az. 4176), FJ 3.e); y ATS de 7 de julio de 2004 (Az. 5109), FJ 5.

Una apreciación menos restrictiva de la doctrina de la apariencia de buen derecho, aunque exige que la ilegalidad sea clara y manifiesta, se encuentra en los ATS de 12 de julio de 2000 (Az. 7781), FJ 3.b); ATS de 9 de octubre de 2000 (Az. 1402), FJ 2; ATS de 19 de febrero de 2001 (Az. 2845), FJ 3; y ATS de 8 de marzo de 2001 (Az. 2848), FJ 2.c).

³⁵³ Carmen CHINCHILLA MARÍN

adopción de las medidas cautelares es, en este caso, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); la ilegalidad de la actuación de la Administración es tan grave en estos supuestos que el acto deja de tener efectos³⁵⁴. Aunque también deben ponderarse los intereses en juego, ya que las medidas no se adoptarán si ocasionan una perturbación grave a los intereses generales o de terceros (art. 136.1 LJCA)³⁵⁵. El acuerdo de envío de tropas sin autorización previa de las Cortes pierde así su presunción de validez y su eficacia inmediata; es más ni siquiera debe ser considerado como acto previo³⁵⁶.

En estos casos, el órgano judicial podrá acordar cautelarmente el retorno de tropas españolas, el cese de la participación de las Fuerzas Armadas españolas en bombardeos,... De esta forma la tutela cautelar puede asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 63.3 CE para que el Estado español pueda participar en un conflicto armado.

5. Control por el Tribunal Constitucional

En el control de la constitucionalidad y legalidad de la declaración de guerra, al Tribunal Constitucional le corresponde un papel secundario. Es el Tribunal Supremo quien ejercerá el control más importante. Las vías a través de las cuales puede llegar al Tribunal Constitucional un recurso frente a una declaración de guerra son el recurso de amparo y el conflicto de competencias entre órganos constitucionales³⁵⁷.

892). Las mismas conclusiones en Carmen CHINCHILLA MARÍN: 2001, 612. En sentido similar, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: 2004a, 652; y Miguel SÁNCHEZ MORÓN: 2001, 220. Por su parte, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: 2004, 722, se muestra un poco menos favorable.

Mariano BACIGALUPO: 1999, 176-177, señala el carácter reglado de las medidas cautelares siempre que se cumplan los requisitos de apariencia de buen derecho y de ponderación de los intereses en conflicto. Este autor interpreta que el art. 136.1 LJCA recoge un criterio negativo de apariencia de buen derecho, que existirá siempre que el recurso no carezca manifiestamente de fundamento.

José Luis BURLADA ECHEVESTE limita el régimen más favorable de medidas cautelares a los supuestos en que no existe acto o se produce exceso en ejecución (José Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 509-510 y 523-524).

³⁵⁴ Carmen CHINCHILLA MARÍN: 2001, 612-613; y José Luis BURLADA ECHEVESTE: 2004, 493.

³⁵⁵ Mariano BACIGALUPO: 1999, 171 y 176.

³⁵⁶ Véase epígrafe 1.2.1 de este capítulo.

³⁵⁷ La declaración de guerra no es susceptible de recurso de inconstitucionalidad al no ser un acto con fuerza de ley (art. 31 LOTC). Por la misma razón no es susceptible de plantearse cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.1 LOTC). Tampoco se encuentra implicada la autonomía local, por lo que no podrá plantearse el recurso de protección de la autonomía local (art. 75.bis.1 LOTC).

5.1. Recurso de amparo constitucional

El recurso de amparo se interpone para la protección de los derechos fundamentales [art. 161.1.c) CE y arts. 41 y siguientes LOTC]. Si se recurre un acto o vía de hecho del Gobierno, para interponer el recurso de amparo es imprescindible haber agotado la vía judicial procedente (art. 43.1 LOTC). En el caso de declaración de guerra hay que acudir previamente ante el Tribunal Supremo³⁵⁸.

Difícilmente se podrá plantear un recurso de amparo cuando se impugne una declaración de guerra, ya que no se verán afectados derechos fundamentales. Un supuesto en que sí es posible, se producirá cuando un diputado o un senador (o varios), acudan ante los tribunales cuando el Estado español decida participar en una guerra sin previa autorización por las Cortes Generales. En este caso se encontraría implicada la protección del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE). Habría que acudir, en primer lugar, a la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Una vez que el Tribunal Supremo dictara sentencia podría interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ya he mencionado que el art. 43.1 LOTC reconoce expresamente la posibilidad de interponer un recurso de amparo frente a las vías de hecho del Gobierno³⁵⁹.

5.2. Conflicto de competencias entre órganos constitucionales

La LOTC también prevé la posibilidad de que determinados órganos constitucionales acudan ante el Tribunal Constitucional cuando otro órgano constitucional vulnere o menoscabe sus competencias (art. 59 y 73 LOTC). En teoría, por tanto, las Cortes Generales podrían interponer este recurso si el Gobierno decide participar en un conflicto armado sin haber solicitado previamente autorización a las Cortes.

En este caso se plantea un pequeño problema por el hecho de que la LOTC no reconoce legitimación a las Cortes Generales para plantear el conflicto de competencias

³⁵⁸ Sobre la competencia del Tribunal Supremo, véase epígrafe 2 de este capítulo.

³⁵⁹ Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 93, menciona la Providencia del Tribunal Constitucional de 13 de junio de 2003, por la que se inadmitió el recurso de amparo presentado por el grupo parlamentario de Izquierda Unida en el Congreso contra la decisión del Congreso de no plantear un conflicto constitucional de competencias frente al Gobierno por implicarse en la guerra de Irak. Desde mi punto de vista, Izquierda Unida debería haber presentado un recurso de amparo por infracción del derecho de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE).

ante el Tribunal Constitucional, sino sólo al Congreso de los Diputados y al Senado por separado (art. 59.1.c) LOTC). Este problema puede resolverse a través de una resolución conjunta del Congreso y del Senado en que ambas Cámaras acuerden plantear el conflicto de competencias³⁶⁰.

El verdadero problema, en este caso, es de orden fáctico, provocado por la «interdependencia por integración» entre el Gobierno y las Cortes. Lo normal es que el Gobierno disponga del apoyo mayoritario de las Cortes. En esta situación, resulta inconcebible que las Cortes planteen un conflicto de competencias porque el Gobierno, sin autorización previa de las Cortes, decide intervenir en un conflicto armado. Como demuestra nuestra práctica constitucional, en estos casos la mayoría de las Cortes apoya la política del Gobierno y no va a recurrir tal decisión.

Sólo se puede pensar que las Cortes presentarán el conflicto de competencias cuando el Gobierno no disponga del apoyo mayoritario del Parlamento. En este caso, el Gobierno buscará apoyos parlamentarios suficientes para evitar un rechazo en las Cortes, evitando así además que las Cortes puedan interponer un conflicto de competencias.

³⁶⁰ En este sentido, Carlos RUIZ MIGUEL: 2003a, 93.

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS. LA PARTICIPACIÓN EN CONFLICTOS ARMADOS: UNA ZONA DE SOMBRA EN NUESTRO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. Interpretación propuesta del art. 63.3 CE

Según la interpretación que he mantenido en este trabajo, del art. 63.3 CE se derivan dos requisitos para que el Estado español pueda participar en conflictos armados, uno de carácter procedimental y otro de carácter material. El requisito procedimental exige que las intervenciones en dichos conflictos sean autorizadas por las Cortes Generales y la decisión final sea firmada por el Rey. El requisito material, derivado de la Carta de las Naciones Unidas, supone que el Estado español tiene prohibido el uso de la fuerza en sus relaciones internacionales; con dos excepciones: a) que el uso de la fuerza haya sido autorizado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o b) que se trate del ejercicio del derecho de legítima defensa. En el caso de la legítima defensa individual no se tiene que cumplir el requisito procedimental, aunque sí deben cumplirse las condiciones materiales de la legítima defensa que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas.

Como he señalado, la autorización de las Cortes Generales para poder participar en un conflicto armado regulada en el art. 63.3 CE no puede ser sustituida por la autorización del Congreso de los Diputados establecida en el art. 17 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. El art. 17 LODN no desarrolla el art. 63.3 CE y, además, el art. 17.1 LODN no somete a autorización previa las operaciones de las fuerzas armadas en el exterior *que estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional*.

Los tribunales contencioso-administrativos deberían controlar el cumplimiento de los requisitos procedimentales y materiales derivados del art. 63.3 CE, ya que son «conceptos judicialmente asequibles». En cuanto a los requisitos materiales, los tribunales contencioso-administrativos deberían controlar la existencia de una previa resolución del Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza –incluso podrían controlar la conformidad de dicha resolución a la Carta de las Naciones Unidas– y también que se cumplen las condiciones de la legítima defensa. Cuando se trate de la

legítima defensa colectiva en virtud de un tratado de defensa mutua, deberían controlar que se cumplen las exigencias de dicho tratado; por ejemplo, si la legítima defensa tiene lugar en el marco de la OTAN, debería controlarse que se trata de una intervención militar del tipo y del ámbito territorial establecidos en los artículos 5 y 6 del Tratado del Atlántico Norte.

Esta interpretación, sin embargo, no es la que mantienen nuestros poderes públicos. Esto se explica, en mi opinión, porque el Estado español ha optado por emplear la guerra como un instrumento más de su política internacional. Aunque, para ser más precisos, habría que decir que lo que hace el Estado español es seguir la tendencia marcada por sus aliados militares bajo la hegemonía del Gobierno de los Estados Unidos de América.

2. La declaración de guerra en su contexto político y estratégico: la defensa y los conflictos del siglo XXI

En su concepción tradicional, la defensa se limitaba a la protección del territorio nacional frente a las agresiones de otros Estados. Esta concepción tradicional se recogía en la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar (LODNOM), ley que no regulaba las intervenciones armadas del ejército español fuera del territorio nacional. La concepción tradicional de la defensa nacional quedaba patente en la definición de ésta (art. 2 LODNOM):

«La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución.»

El concepto tradicional de defensa ha sido superado en la práctica por la más amplia noción de seguridad³⁶¹. El concepto de seguridad es mucho más ambiguo que el concepto de defensa. Si la defensa se propone como objetivo proteger el territorio nacional, la seguridad tiene un ámbito territorial de actuación potencialmente ilimitado. La seguridad significa que, en la práctica, se van a defender los intereses nacionales más allá del territorio del Estado español. Como mencionaba la derogada Directiva de Defensa Nacional 1/2000, de 1 de diciembre, implica proteger «los intereses nacionales allí donde se encuentren»³⁶². Por ello, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional no somete a autorización del Congreso de los Diputados las misiones de las fuerzas armadas en el exterior que estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional (art. 17.1 LODN).

En el ámbito de la OTAN, el paso del concepto estricto de defensa al más amplio de seguridad se ha formalizado en el Nuevo Concepto Estratégico de la Alianza de 1999, con la inclusión entre los fines de la OTAN, además de la legítima defensa colectiva del art. 5 de Tratado de la Alianza Atlántica, las «operaciones de respuesta a las crisis no contempladas en el artículo 5»³⁶³. El Nuevo Concepto Estratégico ha extendido a todo el planeta el ámbito de actuación de la OTAN.

³⁶¹ Michael HARDT y Antonio NEGRI: 2004, 42, comentando «el desplazamiento de la política de “defensa” a la política de “seguridad”» que está llevando a cabo el Gobierno de Estados Unidos, señalan que «En el contexto de la política exterior estadounidense, la evolución de la defensa a la seguridad designa el movimiento que va desde una actitud reactiva y conservadora a otra activa y constructiva, dentro y fuera de las fronteras nacionales: de la preservación del orden interior social y político actual a su transformación y, asimismo, de una actitud de guerra reactiva, en respuesta a los ataques exteriores, a una actitud activa, en previsión de un ataque». Para un análisis de la política de seguridad y defensa de Estados Unidos, basándose en sus documentos más importantes, puede verse Danilo ZOLO: 2003, 188-197.

³⁶² En el mismo sentido, la Directiva de Defensa Nacional 1/1996, de 20 de diciembre, señalaba que «La finalidad de la política de defensa es dotar a España de un eficaz instrumento de disuasión, prevención y respuesta para garantizar de modo permanente su soberanía e independencia, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, así como proteger la vida, la paz, la libertad y la prosperidad de los españoles y *los intereses estratégicos nacionales, allí donde se encuentren*».

³⁶³ Esta ampliación de los objetivos de la OTAN se ejemplifica en los apartados 24 y 25 del Nuevo Concepto Estratégico. El apartado 24 señala que: «Todo ataque armado contra el territorio de los aliados, venga de donde viniere estará amparado por los artículos 5 y 6 del Tratado de Washington. Sin embargo, *también debe contemplarse la seguridad de la Alianza en un contexto global*. Los intereses de seguridad de la Alianza pueden verse afectados por riesgos distintos de carácter más general, en particular por actos de terrorismo, de sabotaje o de delincuencia organizada y por la perturbación del flujo de recursos vitales. Asimismo pueden plantear problemas para la seguridad y la estabilidad que afecten a la Alianza los grandes movimientos incontrolados de población, en particular los resultantes de los conflictos armados». El apartado 25 afirma que «*La Alianza está comprometida con un enfoque amplio de la seguridad*, que reconoce la importancia de los actores políticos, económicos, sociales y medioambientales, además de la *dimensión indispensable de defensa*» (las cursivas son mías).

He analizado, con cierto detalle, el Nuevo Concepto Estratégico en el capítulo 1, apartado 2.2.2 y en el capítulo 2, apartado 4.3.3.

Si la defensa nacional se plantea frente a posibles agresiones, el concepto de seguridad hace frente a riesgos y amenazas, una noción mucho más difusa. A través de la noción de seguridad también se amplía el ámbito material propio de la defensa nacional. No se refiere únicamente a las cuestiones militares, sino que se incluyen los «intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España» [art. 4.a) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia]³⁶⁴. La seguridad también puede verse afectada por «actos de terrorismo, de sabotaje o de delincuencia organizada y por la perturbación del flujo de recursos vitales», e incluso por «grandes movimientos incontrolados de población» (apartado 24 del Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN).

En última instancia, esto significa que cualquiera de estos riesgos o amenazas pueden justificar la participación en conflictos armados. Participación que, con base en el art. 17.1 LODN y obviando el art. 63.3 CE, se podría llevar a cabo sin la autorización previa de las Cortes Generales. Recordemos que el art. 17 LODN no somete a la previa autorización del Congreso las operaciones en el exterior directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, operaciones que no se encuentran sometidas a las condiciones del art. 19 LODN, entre ellas que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas. Esta flexibilización del marco jurídico que regula el uso de la fuerza significa en última instancia que el Estado español considera que el uso de la fuerza es parte integrante de su forma de hacer política³⁶⁵. En definitiva, la guerra, la intervención militar en otros países, se convierte en un instrumento de política internacional.

Desde esta idea de seguridad que conlleva la ampliación de las intervenciones militares en el extranjero, se pueden comprender decisiones de la política militar nacional. Entre ellas, la opción por la profesionalización del ejército, necesaria para la

³⁶⁴ En este sentido, el *Libro Blanco de la Defensa 2000*, pág. 70, afirma que «una nación como España, constituida como democracia avanzada y con una economía muy dependiente del exterior en recursos energéticos y en materias primas, tiene un conjunto de intereses que, en gran medida, rebasan a la defensa del territorio y de la soberanía. *España necesita tener asegurado el suministro de recursos*

eficacia de estas intervenciones³⁶⁶. También el elevado gasto militar, sobre todo en materia de investigación y desarrollo.

En el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2006, el gasto militar asciende a 17.166,04 millones de euros (un 9,81% del total del Presupuesto), alcanzando el 1,80% del Producto Interior Bruto (PIB)³⁶⁷. El total de gasto en I+D militar reconocido asciende a 1.683,89 millones de euros (280.176 millones de pesetas), lo que supone un 26% del total de gasto en I+D, que asciende a 6.510,81 millones de euros³⁶⁸. España es el país de la Unión Europea que más porcentaje de PIB destina a la investigación militar; entre los países desarrollados sólo Estados Unidos le supera³⁶⁹.

³⁶⁶ En este sentido, el Dictamen de la Comisión mixta, no permanente, Congreso de los Diputados-Senado para establecer la fórmula y plazos para la plena profesionalización de las fuerzas armadas, de 1999, señalaba que «Las nuevas Fuerzas Armadas españolas necesitarán una mentalización, despliegue y preparación específica para, además de garantizar la defensa de España, actuar en escenarios situados fuera del propio territorio nacional o aliado, con motivo de situaciones de emergencia o crisis, bien para garantizar el respeto a los Derechos Humanos o bien para la defensa de los legítimos intereses de España, compartidos o no con el resto de países aliados, allá donde se pudieran ver afectados por riesgos o amenazas. Ello supone que deben disponer de una capacidad de proyección exterior, que exige, entre otras, unas características tales como flexibilidad, alta disponibilidad, rapidez de actuación, capacidad de transporte y medios sofisticados de combate o apoyo. Deben disponer también de la interoperabilidad necesaria para actuar con los ejércitos de otras naciones, especialmente las aliadas» (apartado 2.2). El dictamen se recoge en el *Libro Blanco de la Defensa 2000*, págs. 231-238.

También la Directiva de Defensa Nacional 1/1996, de 20 de diciembre, reconocía que «la plena profesionalización de nuestras Fuerzas Armadas constituye un instrumento para incrementar el grado de disponibilidad operativa y la eficacia de las unidades militares».

³⁶⁷ El gasto militar del año 2005 supone 16.213,12 millones de euros. Véase Pere ORTEGA: «La militarización de los Presupuestos para el año 2006», disponible en la página web <http://www.justiciaipau.org/centredelas/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=206&mode=thread&order=0&thold=0>.

La cifra es el resultado de sumar las partidas del Ministerio de Defensa, sus Organismos Autónomos, el Centro Nacional de Inteligencia y las demás partidas de carácter militar repartidas entre los demás Ministerios: pensiones del personal militar retirado, cuotas de la seguridad social del personal militar en activo, Guardia Civil, aportaciones a organizaciones militares exteriores (OTAN y UEO) y la parte proporcional de los intereses de la deuda pública correspondientes a defensa.

José TORIBIO BARBA: 2005, 73, cifra en 21.210,15 millones de euros el gasto militar total del Estado español para 2006. José TORIBIO también contabiliza como gasto militar las partidas asignadas al Ministerio del Interior (5.478,40 millones de euros) y a los Organismos Autónomos de dicho Ministerio (29 millones de euros).

³⁶⁸ La cifra total de I+D militar reconocida en los presupuestos es el resultado de sumar los 325,88 millones de euros asignados al Ministerio de Defensa (Programa 464.A. Investigación y estudios de las Fuerzas Armadas y el Programa 467.G. Investigación y desarrollo de la sociedad de la información) y los 1.358,01 millones de euros gestionados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (Subprograma 467.C.5. Apoyo a la innovación tecnológica en diversos sectores).

Esta es, sin embargo, una cifra mínima, ya que dentro del Subprograma 467.C.5 se recogen 252,25 millones de euros sin especificar a qué tipo de proyectos se destinarán. Por lo que es posible que se destinen a fines militares. El gasto máximo en I+D militar alcanzaría entonces los 1.936,14 millones de euros (322.138 millones de pesetas), lo que supondría un 30% de todo el I+D presupuestado. Véase el *Informe sobre el Proyecto de Presupuestos para I+D civil y militar en el Estado español (2006)*, realizado por la Fundació per la Pau, pág. 5. El Informe puede consultarse en la página web http://www.prouinvestigacionmilitar.org/documents/informes/inf_id_proyecto2006_esp.pdf.

Los proyectos de desarrollo de nuevos armamentos su

Muy probablemente, en las próximas décadas se sucederán guerras por el control de los recursos básicos para la expansión del sistema capitalista (no sólo petróleo, sino también, por ejemplo, el agua); estos recursos se encuentran en la periferia, fuera de los países industrializados, por lo que es probable que se acentúe el intervencionismo militar en la periferia³⁷⁰. Estas guerras no sólo se llevarán a cabo por el control de los recursos básicos, sino que también se encuentran implicados importantísimos «aspectos monetario-financieros»³⁷¹. Estas guerras serán guerras ilimitadas, en el sentido de que no estarán limitadas por el derecho³⁷². El Estado español, a través de todas estas decisiones en materia de seguridad y defensa, se está preparando para participar en la «guerra global», ha decidido intervenir en los conflictos armados que surjan por el control de recursos básicos.

Éste es el contexto en el que doctrinas como la legítima defensa preventiva y la injerencia humanitaria se utilizan para legitimar la participación en conflictos armados. La función de estas doctrinas es «generar *ideología de aceptación*»³⁷³, intentar presentar ante la ciudadanía estas intervenciones militares como justas. Estas doctrinas emplean un lenguaje universal, en el que las intervenciones militares se llevan a cabo en defensa de la legalidad internacional y de los derechos humanos; ocultando el hecho de que se interviene realmente para defender intereses económicos y geoestratégicos propios³⁷⁴.

Para favorecer la política del Estado español de intervenir en conflictos armados se está incumpliendo la regulación contenida en el art. 63.3 de la Constitución española, vulnerando así las exigencias del Estado de Derecho y del Estado democrático (art. 1.1 CE).

Leopardo, Avión de transporte militar A400M; Helicóptero de ataque Tigre, Submarino S-80, Buque de proyección estratégica; Misil IRIS-T para el Eurofighter y caza EF-18, y Carro de combate Pizarro (pág. 7 del *Informe*).

³⁶⁹ *Informe sobre el Proyecto de Presupuestos para I+D civil y militar en el Estado español (2006)*, pág. 7, basándose en el informe de la OCDE *Science, Industry and Technology Scoreboard 2003*.

³⁷⁰ Ramón FERNÁNDEZ DURÁN: 2003, 33.

³⁷¹ Ramón FERNÁNDEZ DURÁN: 2003, 34. Sobre el papel que juegan los aspectos monetario-financieros en la «guerra global permanente», véase, sobre todo, el capítulo IV «De la crisis del Régimen Dólar-Wall Street a la guerra contra Irak». Ramón FERNÁNDEZ DURÁN señala que uno de los objetivos de la guerra de Afganistán de 2001 fue relanzar la fortaleza del dólar y que remontaran las cotizaciones de Wall Street (págs. 143-144); y cómo la (entonces futura) guerra de Irak de 2003 podría servir para reducir la importancia del euro en el ámbito internacional (págs. 168-169 y 177-178).

³⁷² Danilo ZOLO: 2003, 187, considera que nos encontramos en la transición de la «guerra moderna» a la «guerra global». La «guerra global» es una guerra desterritorializada, hegemónica y no limitada por el derecho.

³⁷³ Tomo la expresión de Juan Ramón CAPELLA: 1997, 47.

³⁷⁴ En este sentido, Michael HARDT y Antonio NEGRI: 2004, 36, señalan que el concepto de guerra justa pretende universalizar la guerra hacia el interés de la humanidad en su conjunto, más allá de todo interés particular. Véase también Danilo ZOLO: 2003, 192-196, refiriéndose en concreto a la guerra de Kosovo y a la guerra de Afganistán.

3. La no sujeción de la defensa nacional a las exigencias del Estado de Derecho

La práctica constitucional de nuestro Estado en relación con las intervenciones en conflictos armados supone una vulneración clara de las exigencias de nuestro Estado de Derecho (art. 1.1 CE).

En primer lugar, porque se ha convertido el art. 63.3 CE en un precepto sin valor jurídico, en papel mojado. Como ya he señalado, este precepto constitucional goza de eficacia directa y no requiere desarrollo legislativo para poder ser aplicado. En este sentido, debe destacarse que no se ha desarrollado legalmente su contenido, ni tampoco existe voluntad política de llevarlo a cabo, como demostró la derogada LODNOM y la recientemente aprobada Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

La LODN –y la anterior LODNOM– es una ley *des-desarrolladora*, cuyo contenido normativo es menor que el de la Constitución, al menos en la cuestión de la declaración de guerra. La LODN no desarrolla los supuestos en que una intervención militar en el exterior requiere la previa autorización de las Cortes Generales y, posteriormente, su declaración por el Jefe del Estado, como exige el art. 63.3 de la Constitución. Los arts. 3 y 4.1.e) de la LODN (y anteriormente los arts. 5 y 6 de la LODNOM) aportan menos elementos normativos que la norma constitucional que debería desarrollar. Es una ley que en vez de desarrollar hace todo lo contrario, *des-desarrolla*. Para mí, la prueba evidente de ello es que el Título III de la LODN «Misiones de las Fuerzas Armadas y su control parlamentario» (arts. 15 a 19 LODN) no hace ninguna mención al art. 63.3 de la Constitución.

En mi opinión, esta situación de *des-desarrollo*, tiene una doble finalidad. Por un lado, pretende otorgar un amplio margen de libertad al Gobierno en relación con la intervención militar en conflictos armados, al no establecer explícitamente ningún parámetro jurídico que la limite. Por otro, busca evitar el control jurídico de las intervenciones militares en el exterior. Impide controlar jurídicamente decisiones militares de especial trascendencia, incumpliendo así una de las garantías esenciales de nuestro Estado de Derecho. En mi opinión, este *des-desarrollo* contraviene la finalidad del art. 63.3 CE.

La práctica constitucional está llevando a cabo una interpretación del art. 63.3 CE que reconoce total libertad al Gobierno para acordar intervenciones militares, sin ningún tipo de control jurídico. Sin embargo, como he argumentado, el art. 63.3 CE debe interpretarse desde la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales contenida en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2.4).

El Estado español tampoco ha mantenido un respeto absoluto de la Carta de las Naciones Unidas. La Carta es derecho obligatorio para el Estado español, es un elemento normativo más de los que componen nuestro Estado de Derecho. Sin embargo, se obvió su regulación cuando el Estado español participó en los bombardeos de la OTAN sobre Serbia en 1999 y también se vulneró su espíritu cuando el Gobierno apoyó políticamente la guerra de Irak de 2003 sin previa resolución del Consejo de Seguridad.

La ambigüedad en relación con la Carta de las Naciones Unidas se recoge en varios instrumentos político-jurídicos: el Libro Blanco de Defensa de 2000, el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN, y el derecho comunitario. En estos instrumentos o bien se reconoce expresamente la posibilidad de saltarse la regulación contenida en la Carta de las Naciones Unidas, o bien no se recoge el sometimiento a las Resoluciones del Consejo de Seguridad.

La no sujeción de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional a las exigencias del Estado de Derecho es más sutil. El art. 17.1 LODN somete a autorización previa del Congreso de los Diputados «las operaciones en el exterior [de las Fuerzas Armadas] que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional»; estas operaciones se someten a diversos requisitos, entre los que se encuentra su conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren el derecho internacional convencional [art. 19.c) LODN]. De la interpretación en sentido contrario de los arts. 17 y 19 LODN se deduce que si tales operaciones sí están directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional ni requieren autorización previa del Congreso ni se encuentran sometidas al derecho internacional. En mi opinión, en un contexto de expansión de la defensa y de aceptación de doctrinas como la legítima defensa preventiva y la injerencia humanitaria, la participación en conflictos armados se llevará a cabo sin cumplir los requisitos de los arts. 17 y 19 LODN y, lo que es más grave, al margen del art. 63.3 CE y de la Carta de las Naciones Unidas.

La participación en conflictos armados, no es más que uno de los ejemplos en los que se hace evidente que la defensa nacional es un ámbito en el que no se aplican de forma estricta las exigencias de nuestro Estado de Derecho. Lo mismo sucede con los datos sobre las ventas de armas que realiza nuestro país, datos que han sido clasificados como secreto oficial, lo que, desde mi punto de vista, es un absoluto escándalo³⁷⁵.

4. La defensa, un ámbito escasamente democrático

La defensa nacional es uno de los ámbitos políticos con mayor déficit democrático. Una de las reglas procedimentales que componen nuestro sistema democrático es la contenida en el art. 63.3 CE. La práctica constitucional en nuestro Estado es no solicitar autorización previa a las Cortes Generales antes de participar en un conflicto armado, como exige el art. 63.3 CE. Se está marginando así a las Cortes Generales, representantes del pueblo español (art. 66.1 CE), en una práctica flagrantemente inconstitucional. Se impide así que las Cortes Generales puedan ejercer el control parlamentario que tienen atribuido constitucionalmente en el art. 63.3 CE.

Esta situación no va a cambiar, en mi opinión, con la nueva Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, ya que esta ley no somete a la autorización previa del Congreso de los Diputados las operaciones de las fuerzas armadas en el exterior *que estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional* (art. 17.1 LODN).

Pero este déficit democrático en materia de defensa no se produce únicamente en relación con la declaración de guerra. Las Cortes Generales tampoco han ejercido ningún tipo de control en relación con el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de 1999, que supone en la práctica la modificación del Tratado del Atlántico Norte³⁷⁶. Tampoco se ha seguido en este caso el procedimiento formal democrático regulado en el art. 94.1.b) CE, que exige previa autorización de las Cortes Generales para que el Estado pueda ratificar un tratado o convenio de carácter militar. Esta práctica de realizar convenios militares sin previa autorización de las Cortes Generales (art. 94.1.b) CE) se

³⁷⁵ He estudiado este supuesto en Eduardo MELERO ALONSO: 2000.

³⁷⁶ En este sentido, Antonio REMIRO BROTONS: 1999b, 47, refiriéndose al Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN señala que «los Ejecutivos lo han birlado al debate y, por supuesto, a la autorización parlamentaria sin sentir por ello ningún escrúpulo, como corresponde al carácter *delegado* más que *participativo* que se ha ido adueñando de los regímenes democráticos de los países desarrollados». Véase también, Antonio REMIRO BROTONS: 2001, 103.

ha generalizado con los Memorándum de entendimiento³⁷⁷. Entre ellos, el Memorándum de entendimiento sobre la participación en el Sistema de Fuerzas en Espera de Naciones Unidas (Stand-by Forces), el 5 de noviembre de 1999³⁷⁸, o el Memorándum de entendimiento para la creación, con otros diez Estados, de una fuerza armada de interposición en Afganistán³⁷⁹. Queda patente así como ni siquiera se cumplen las exigencias constitucionales de la democracia representativa en este ámbito.

El déficit democrático en materia de defensa no se manifiesta únicamente en la vulneración de las reglas procedimentales sino, sobre todo, en la ausencia de un debate público en materia de defensa. Porque los procedimientos democráticos son sólo una parte de un régimen democrático³⁸⁰.

El art. 31 LODN regula la «Cultura de Defensa»:

«El Ministerio de Defensa promoverá el desarrollo de la cultura de defensa con la finalidad de que la sociedad española conozca, valore y se identifique con su historia y con el esfuerzo solidario y efectivo mediante el que las Fuerzas Armadas salvaguardan los intereses nacionales. Asimismo, el resto de los poderes públicos contribuirán al logro de este fin.»³⁸¹

³⁷⁷ Cuestión que ha sido señalada por Jorge CARDONA LLORENS; véase Andrés LAGUNA: 2003, 7; artículo disponible en la página web <http://www.pensamientocritico.org/andlag0303.htm>.

En la lista de «Acuerdos bilaterales firmados por el Ministerio de Defensa» se mencionan un total de 72 Memorándum de entendimiento, ninguno de los cuales ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado. La lista de acuerdos, actualizada a fecha de 17 de mayo de 2005, se encuentra en la página web <http://www.mde.es/download/acuerdo.pdf>.

³⁷⁸ He hecho referencia a este Memorando en el capítulo 2, epígrafe 4.1.

³⁷⁹ Ejemplo señalado por Jorge CARDONA LLORENS. Véase el artículo de Andrés LAGUNA: 2003, 7; que puede consultarse en la página web <http://www.pensamientocritico.org/andlag0303.htm>.

³⁸⁰ Así, Cornelius CASTORIADIS: 1998, 231. CASTORIADIS parte de la oposición entre dos concepciones de democracia: la concepción de la democracia que la limita a un «simple conjunto de “procedimientos”» y la democracia como «régimen, indisociable de una concepción sustantiva de los fines de la institución política y de una visión, y de un proyecto, del tipo de ser humano correspondiente» (pág. 218). La democracia como régimen tiene entre sus exigencias la *paideía*, el proceso político educativo que tiene como objetivo ayudar a que los ciudadanos sean autónomos, a que se pregunten sobre el régimen político en el que viven (págs. 231 y 236-237).

³⁸¹ Todas las Directivas de Defensa Nacional se han propuesto fomentar una cultura de defensa dentro de la sociedad española. La Directiva de Defensa Nacional 1/2004, de 30 de diciembre, establece como una de sus directrices: «Elevar el nivel de cultura sobre seguridad y defensa en la sociedad española. Para ello el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Defensa y en coordinación con otros organismos del Estado, impulsará la difusión del papel y de la necesidad de la defensa, con el fin de favorecer una mayor implicación de la sociedad y de posibilitar el ejercicio del derecho y el deber de defender a España, que la Constitución otorga a los españoles.»

La Directiva de Defensa Nacional 1/2000, de 1 de diciembre, proponía «Impulsar decididamente la cultura de defensa en la sociedad española de manera que perciba como propias las cuestiones relacionadas con su seguridad, su libertad y la defensa de sus intereses».

Por su parte, la Directiva de Defensa Nacional 1/1996, de 20 de diciembre, planteaba como directriz, «Conseguir un mayor apoyo social al dispositivo de Defensa», para lo cual «Se promoverá, a

El art. 31 LODN, así como las Directivas de Defensa Nacional, presuponen el «carácter indiscutible de la defensa»³⁸²: la ciudadanía debe aceptar acríticamente la concepción de la defensa que mantienen los poderes públicos. Pero, como señala Javier DE LUCAS, «la pregunta radical de toda reflexión sobre la paz es porqué y de qué debemos defendernos, o, mejor, porqué y de qué es necesario que nos defiendan, porqué y de qué nos defiende la política de defensa»³⁸³. Esta pregunta se le oculta a la opinión pública, porque plantearla supondría cuestionar el actual modelo de defensa.

Con carácter más general, considero en el ámbito de la defensa se ponen de manifiesto las limitaciones de una democracia de carácter exclusivamente representativo. Una democracia que, como ocurrió con la guerra de Irak de 2003, no puede impedir que, aun con el noventa por ciento de la población en contra, el Gobierno legítimo decida apoyar una guerra que vulnera la Carta de las Naciones Unidas.

5. ¿Conseguirá imponerse la interpretación propuesta?

El debate sobre los límites a los que se encuentran sometidas las intervenciones del Estado español en conflictos armados debe plantearse no sólo entre la doctrina jurídica, sino también en el conjunto de la sociedad. En el campo doctrinal hay un sector, afortunadamente minoritario, que intenta justificar y legitimar la participación en las guerras a través de doctrinas como la legítima defensa preventiva y de la injerencia humanitaria.

Como en cualquier otro sector del derecho, la dogmática jurídica cumple un papel político de primer orden, en este caso en la configuración de los requisitos a los que se encuentra sometida la defensa nacional³⁸⁴. En este trabajo me sitúo en la línea dogmática que intenta deslegitimar la guerra y que utiliza el derecho como una

través del sistema educativo general, un conocimiento suficiente de la organización y política de la defensa, y de la función de los Ejércitos, para así fomentar el compromiso de los españoles con las exigencias de nuestra seguridad y defensa».

³⁸² Del texto del art. 31 LODN y de las Directivas de Defensa Nacional se deduce claramente lo que señalaba Javier DE LUCAS: 1985, 78: «Toda reflexión sobre la paz y la guerra suele presuponer el carácter indiscutible de la defensa».

³⁸³ Javier DE LUCAS: 1985, 79. Seguido por Imanol ZUBERO: 1995, 30, quien pone el énfasis en que la discusión sobre la defensa queda en manos de especialistas.

³⁸⁴ He analizado la función política de la dogmática jurídica y la necesidad de democratizar este ámbito en Eduardo MELERO ALONSO: 2003.

«herramienta crítica frente a la guerra»³⁸⁵. Porque considero que el discurso contra la guerra puede y debe utilizar argumentos jurídicos³⁸⁶. También quiero poner de manifiesto que la cuestión de la participación del ejército español en guerras supone una de las grandes sombras de nuestro sistema constitucional, en la que el balance no puede ser más que crítico.

Pero este debate doctrinal debe plantearse, sobre todo, en el conjunto de la sociedad. En primer lugar, porque los debates jurídicos son siempre, al mismo tiempo, debates políticos. Lo que está en juego en el fondo es si, como ciudadanas y ciudadanos, estamos dispuestos a consentir que nuestro Estado se salte la Constitución española y la legalidad internacional y utilice su potencial militar para asesinar e imponer enormes sufrimientos a personas que viven en un país en el que están implicados los intereses nacionales del Estado español. Utilizar la guerra como instrumento de la política internacional significa poner los intereses nacionales por encima de la vida de las personas, ya que la población civil se ha convertido en un objetivo militar prioritario.

El art. 63.3 CE y nuestro ordenamiento jurídico sólo supondrán un límite al poder del Estado en la medida en que los ciudadanas y ciudadanos de este país estemos dispuestos a exigir e imponer su aplicación³⁸⁷. Conviene recordar que «La verdad no se impone siempre, consiguientemente, por su propia virtud, sino sólo si además encuentra agentes que la sostengan»³⁸⁸. No sólo están en juego los principios de democracia y de legalidad, sino la vida de miles de personas.

³⁸⁵ Tomo la expresión de Gerardo PISARELLO: 2004, 11. Gerardo PISARELLO señala que el derecho y las mediaciones jurídicas «Generan discursos, prácticas y referencias simbólicas que integran y configuran de manera profunda la realidad institucional y extra-institucional». También menciona que la lógica garantista del derecho, con la tutela de los sujetos débiles y la limitación y el control del poder de los más fuertes, «permite reconocer en el lenguaje del derecho, y sobre todo de los derechos, sólidas credenciales para fundamentar una teoría “crítica” de la realidad» (pág. 12).

³⁸⁶ En este sentido, Luigi FERRAJOLI: 2003b, 228.

³⁸⁷ Como señala Alejandro NIETO: 1983, 375, «Con independencia del “Boletín Oficial”, la Constitución será lo que deseen las fuerzas políticas y sociales, y, en su caso, mientras sus sentencias sean respetadas (el tiempo lo dirá), lo que diga el Tribunal Constitucional». Afirmación que hay que relacionar con la idea de que «la Constitución es, al tiempo, un fenómeno jurídico y político» (pág. 374).

³⁸⁸ Juan Ramón CAPELLA: 1997, 23.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ALONSO GARCÍA, Enrique (1984): *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ÁLVAREZ LÓPEZ, Elena (2000): «La intervención militar de la OTAN en la República Federal de Yugoslavia: la legalidad internacional cuestionada», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 93 (2000), pp. 9-48.
- ANDRÉS, Paz y SÁNCHEZ, Luis Ignacio (2003): «¿Estamos en guerra?», *El País*, 9 de abril de 2003.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz (2003): «El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV (2003), 1, pp. 205-222.
- ARAGÓN, Manuel (1980): «La monarquía parlamentaria (Comentario al art. 1,3º, de la Constitución», en PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, pp. 409-458.
- ARAGÓN, Manuel (1991): «Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes», en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III*, Civitas, Madrid, pp. 1941 a 1960.
- ARAGÓN, Manuel (2001): «Rey», en ARAGÓN REYES, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho constitucional. Tomo II*, Civitas, Madrid, pp. 28-34.
- ARENAL MOYÚA, C. y ALDECOA LUZÁRRAGA, F (1986): *España y la OTAN. Textos y documentos*, Tecnos, Madrid.
- BACIGALUPO, Mariano (1999): *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998)*, Marcial Pons, Madrid.
- BERMEJO GARCÍA, Romualdo (1999): «Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el Derecho internacional», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV (1999), pp. 3-70.

- BERMEJO GARCÍA, Romualdo (2003): «El debate sobre la legalidad internacional tras la crisis de Iraq y las Naciones Unidas», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX (2003), pp. 41-69.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. (1988): *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000): «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho», en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, pp. 17-45.
- BURLADA ECHEVESTE, José Luis (2004): *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- CAPELLA, Juan Ramón (1997): *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos y VIVES ANTÓN, Tomás S. (1996): «Artículo 588», en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2136.
- CARDONA LLORÈNS, Jorge (2001): «La Resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad autorizando la fuerza internacional de asistencia para la seguridad de Afganistán: ¿un paso más en el debilitamiento de las Naciones Unidas?»: *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII (2001) 1 y 2, pp. 227-245.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol (1990): *Casos y textos de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid.
- CASTORIADIS, Cornelius (1998): «La democracia como procedimiento y como régimen», en *El ascenso de la insignificancia*, Cátedra, Madrid, pp. 218-238.
- CASTRO RUANO, José Luis (2005): «La Política Exterior y de Defensa en la Constitución Europea», en VV.AA.: *La Constitución Europea. Una visión desde Euskadi*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, pp. 35-40.
- CERVELL HORTAL, María José (2000): «Las demandas de Yugoslavia ante el TIJ por el bombardeo de su territorio en la “guerra de Kosovo” (1999)», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI (2000), pp. 65-92.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1999a): «Artículo 129», en REDA: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 861-870.

- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1999b): «Artículo 130», en REDA: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 870-875.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1999c): «Artículo 136», en REDA: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 891-894.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2001): «La tutela cautelar», en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dirs.): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid (2ª edición), pp. 583-640.
- CHUECA SANCHO, Ángel G (2003): «El Derecho Internacional ante la guerra de Iraq», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 2 (2003), pp. 305-312.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2002): *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DÍAZ, Elías (1995): «Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales», *Sistema*, nº 125 (marzo de 1995), pp. 5-22.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2003): *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.
- EMBID IRUJO, Antonio (1991): «La justiciabilidad de los actos de gobierno. (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)» en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III*, Civitas, Madrid, pp. 2697-2739.
- ENTRENA CUESTA, Ramón (2001): «Artículo 63.3», en GARRIDO FALLA, Fernando y otros: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, pp. 1087-1088.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila (2005): «La competencia de la Corte Penal Internacional: competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control», en BACIGAPULO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel (coords.): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, pp. 85-123.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (1997): «Artículo 588», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, pp. 1400-1401.
- FERNÁNDEZ DURÁN, Ramón (2003): *Capitalismo (financiero) global y guerra permanente. El dólar, Wall Street y la guerra contra Irak*, Virus, Barcelona.

- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio Francisco (2001): «El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces», *Revista Española de Derecho internacional*, vol LIII (2001) 1 y 2, pp. 205-226.
- FERRAJOLI, Luigi (2003a): «La guerra y el futuro del derecho internacional», en BIMBI, Linda (ed.): *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Trotta, Madrid, pp. 213-224.
- FERRAJOLI, Luigi (2003b): «La guerra contra Iraq y el futuro del orden internacional», en BIMBI, Linda (ed.): *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Trotta, Madrid, pp. 225-236.
- FERRAJOLI, Luigi (2004): *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid.
- FREIXES SANJUAN, Teresa (1991): «La Jefatura del Estado monárquica», *Revista de Estudios Políticos*, nº 73 (julio-septiembre 1991), pp. 83-117.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MARCOS FERNÁNDEZ, Ana de (1996): *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1998): «Artículo 97. Funciones del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo VIII. Artículos 97 a 112*, EDERSA, Madrid, pp. 42-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1987): «Prólogo» a LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. XXI-XXV.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2000): «La definitiva erradicación de los actos políticos o de Gobierno en nuestro Derecho», *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 106 (abril-junio 2000), pp. 231-233.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004a): *Curso de Derecho Administrativo. I*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004b): *Curso de Derecho Administrativo. II*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (2000): «Guerra y Derecho constitucional. La formalización del inicio de la guerra mediante su declaración en Derecho internacional y en Derecho interno», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 32 (2000), pp. 5-46.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (1999): «Artículo 2», en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*,

- Aranzadi, Pamplona, pp. 90-138.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1999): «Artículo 25 y artículo 26», en REDA: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 259-269.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos (1995): «Sobre las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y su ejercicio», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 11/12 (2000), pp. 175-212.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1984): *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid.
- GARRORENA MORALES, Ángel (2001): «Estado democrático», en Manuel ARAGÓN REYES (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I. Constitución, Estado Constitucional y fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, pp. 108-115.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1992): «La pena de muerte (Art. 15)», *Revista de Derecho Político de la UNED*, n° 36, pp. 165-192.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. (2001): «La Política Europea de Seguridad y Defensa después de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 9 (enero-junio 2001), pp. 197-238.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis J. y ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz (2002): *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid (7ª ed.).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1991): «El control jurisdiccional de los actos del Jefe del Estado» en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III*, Civitas, Madrid, pp. 1989-2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1998): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998 de 13 de julio)*, Civitas (3ª ed), Madrid.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (1994): *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (1999): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio). Adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Tecnos, Madrid.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A. (2001): «Los atentados del 11 de septiembre, la operación

- “libertad duradera” y el derecho de legítima defensa», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII (2001), 1 y 2, pp. 247-271.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A. (2002): «¿Sin novedad en el frente? Anotaciones en torno al Protocolo de enmienda de 10 de abril de 2002 al Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV (2002), 2, pp. 991-998.
- GORDILLO, José Luis (1993): *La objeción de conciencia. Ejército, individuo y responsabilidad moral*, Paidós, Barcelona.
- GORDILLO, José Luis (2003): «La práctica constitucional de la monarquía», en Juan Ramón CAPELLA (ed.): *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, pp. 43-75.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2000): «Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (La “guerra de Kosovo”)», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI (2000), pp. 93-132.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2003): «La “contaminación” de Naciones Unidas o las resoluciones 1483 y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX (2003), pp. 71-88.
- HARBOM, Lotta y WALLENSTEEN, Peter (2005): «Patterns of major armed conflicts, 1990–2004», *SIPRI Yearbook 2005. Armaments, Disarmament and International Security*, Oxford University Press, pp. 121-137.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio (2004): *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Debate, Barcelona.
- HERNÁNDEZ HOLGADO, Fernando (2000): *Historia de la OTAN. De la guerra fría al intervencionismo humanitario*, Los libros de la catarata, Madrid.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel (1980): «El Rey y las Fuerzas Armadas», *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.º 7 (otoño 1980), pp. 39-56.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel (1991): «La posición constitucional de la Corona», en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo III*, Civitas, Madrid, pp. 1921-1940.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel (1997a): «Artículo 56. El Rey», en ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo V. Artículos 56 a 65*, Edersa, Madrid, pp. 41-76.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel (1997b): «Artículo 64. Refrendo de los actos

- reales», en ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo V. Artículos 56 a 65*, Edersa, Madrid, pp. 281-308.
- IZQUIERDO, Cristina y PÉREZ-PRAT, Luis (1991): «La guerra constitucional», *Política Exterior 1991, vol. V, n° 24*, pp. 149-156.
- KALDOR, Mary (2001): *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona.
- LAGUNA, Andrés (2003): «No con nosotros», *Página abierta n° 135 (marzo 2003)*, *Informe en páginas centrales*, pp. 2-7.
- LARENZ, Karl (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. (2001): *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona.
- LOEWENSTEIN, Karl (1986): *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (1988): «Funciones del Gobierno y dirección política», *Documentación Administrativa, n° 215 (julio-septiembre 1988)*, pp. 15-40.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (1999): «Artículo 30», en REDA: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 314-324.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1987): *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- LUCAS, Javier de (1985): «La noción de defensa y la crisis de legitimidad. ¿Qué significa defensa?», *Anuario de Filosofía del Derecho 1985*, pp. 77-95.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1996): «Artículo 1. Estado social y democrático de Derecho», en ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, pp. 96-164.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (1980): «Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n° 61*, pp. 143-168.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (1983): «Cuestiones jurídicas relativas a la adhesión de España a la OTAN», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 1983*, pp. 21-67.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (2005): «Instrumentalización de Naciones Unidas y ausencia de control de sus actos», en GUERRA, Alfonso y TEZANOS, José Félix (eds.): *La paz y el derecho internacional. III encuentro Salamanca*, Sistema, Madrid, pp.

329-362.

- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2004): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2000): «El secreto oficial en las ventas de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la Ley sobre Secretos Oficiales (Las razones por las que los datos de las exportaciones de armas deben hacerse públicos)», *Revista de Administración Pública*, n° 152 (mayo-agosto 2000), pp. 229-267.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2003): «La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: un acercamiento desde el derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 9, pp. 235-263.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2005): *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico. Una propuesta de diferenciación desde un paradigma social de derecho*, Lex Nova, Valladolid.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1979): *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1996/97): «Organización Central de la Administración General del Estado», *Documentación Administrativa*, n° 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), pp. 275-298.
- MINISTERIO DE DEFENSA (2000): *Libro Blanco de la Defensa 2000*, Ministerio de Defensa, Madrid.
- NIETO, Alejandro (1983): «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, vol. I (enero-diciembre 1983), pp. 371-415.
- OLIVERES, Arcadi (2000): «Presentación», en OLIVERES, Arcadi y ORTEGA, Pere (eds.): *El ciclo armamentista español. Una panorámica crítica (1989-1999)*, Icaria, Barcelona, pp. 9-12.
- ORTEGA TEROL, Juan Miguel (2001): *La Intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Septem, Oviedo.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de (1980): «La posición constitucional del Gobierno», *Documentación Administrativa*, n° 188 (octubre-diciembre 1980), pp. 139-180.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de (1988): «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 23 (mayo-agosto 1988), pp. 11-43.

- PAREJO ALFONSO, Luciano (1997): «¿Existe una reserva constitucional de “ejecución”?». Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales», *Cuadernos de Derecho Público, nº 1 (1997)*, pp. 13-42.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1999) «Artículo 2.a)», en REDA: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 66-76.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. (2003): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid (9º ed).
- PÉREZ CONEJO, Lorenzo (2002): *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación «difusa» en el proceso contencioso-administrativo)*, Lex Nova, Valladolid.
- PÉREZ FRANCESCH, Juan Luis (1993): *El Gobierno*, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (1989): «Análisis del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la defensa», *Tiempo de paz, nº 13 (primavera 89)*, pp. 14-36.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (2003): «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *Revista Española de Derecho Internacional, vol. LV (2003) 1*, pp. 187-204.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1985): «La paz como valor constitucional», en *Anuario de Filosofía del Derecho 1985*, pp. 125-132.
- PÉREZ ROYO, Javier (2001): «Estado de Derecho», en ARAGÓN REYES, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho constitucional. Tomo I*, Civitas, Madrid, pp. 156-159.
- PÉREZ VERA, Elisa y RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J. (1997): «Artículo 63. Atribuciones internacionales del Rey», en ALZAGA VILLAMIL, Oscar (dir): *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo V. Artículos 56 a 65*, Edersa, Madrid, páginas 263 a 278.
- PISARELLO, Gerardo (2004): «Introducción. El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, Luigi: *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, pp. 11-24.
- PUYOL MONTERO, Francisco Javier (1997): «Artículo 588», en CONDE-PUMPIDO, Cándido (dir.): *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III*, Trivium, Madrid, pp. 4932-4933.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo (1999): «La OTAN, vicaria de la ONU: reflexiones sobre el sistema de seguridad colectiva, a la luz del “Nuevo Concepto Estratégico”

- acordado en Washington», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XV (1999), pp. 363-383.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo (2005): «Régimen constitucional de la participación de España en conflictos armados», en FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSITAT DE VALÈNCIA, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 683-707.
- REMIRO BROTONS, Antonio y otras (1997): *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid.
- REMIRO BROTONS, Antonio (1999a): «¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad», *Política Exterior*, vol. 13, nº 69, mayo/junio 1999, pp. 17-21.
- REMIRO BROTONS, Antonio (1999b): «Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol LI (1999) 1, pp. 11-57.
- REMIRO BROTONS, Antonio (2001): «Un nuevo Orden contra el Derecho Internacional: el caso de Kosovo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4 (2001), pp. 89-104.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*; Marcial Pons, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, Carlos (2003a): «Análisis constitucional de la posición española en la II Guerra de Irak», en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX (2003), pp. 89-97.
- RUIZ MIGUEL, Carlos (2003b): «¿Es jurídicamente necesaria una nueva resolución para atacar Irak», en BARDAJÍ, Rafael L. (ed): *Irak: Reflexiones sobre una guerra*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, sin lugar, 2003, pp. 147-155.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (1994): «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, nº 134 (mayo-agosto 1994), pp. 225-251.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1991): *El sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema. (Diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, Edersa, Madrid, (6ª edición).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2001): «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dirs.): *Comentarios a la*

- Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid (2ª edición), pp. 161-233.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio (1989) «El Convenio sobre Cooperación para la Defensa entre España y EE.UU.», en CAJAL, Máximo y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio: *El Convenio sobre Cooperación para la Defensa entre España y EE.UU.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 21-64.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004): *Principios de Derecho Administrativo General. II*; Iustel, Madrid, 2004.
- SERRANO ALBERCA, Juan Manuel (1988): «La definición de “tiempo de guerra”», en BLECUA FRAGA, Ramón y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis: *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, pp. 303-313.
- SORIANO, Ramón (1985): «La paz y la Constitución española de 1978», en *Anuario de Filosofía del Derecho 1985*, pp. 133-161.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1988): «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución. Tomo IV*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2361-2414.
- TORIBIO BARBA, José (2005): «Continúa la inercia. El gasto militar supera los 58 millones de euros diarios», *El Viejo Topo*, nº 214-215 (diciembre de 2005), pp. 67-75.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (1994): «El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 19 (julio-agosto-septiembre de 1994), pp. 77-121.
- ZOLO, Danilo (2003): «De la guerra moderna a la guerra global», en BIMBI, Linda (ed.): *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Trotta, Madrid, pp. 187-198.
- ZUBERO, Imanol (1995): «Objeción de conciencia y profundización en la democracia», *Papeles. Cuestiones internacionales de paz, ecología y desarrollo*, nº 54 (primavera 1995), pp. 27-35.