

La dimensión constitucional de la guerra: Conflictos armados e intervenciones militares en el extranjero

Carlos Ortega Santiago

"... porter un corps d'armée sur un territoire étranger, pénétrer le palais du souverain, lui présenter un ultimatum à la pointe de l'épée... lutter contre les habitants qui résistent, en tuer un plus ou moins grand nombre, ce n'est pas la guerre... Je veux bien admettre cette définition, mais vous reconnaîtrez alors qu'elle... restreint beaucoup les limites de l'état de guerre, les seules qu'il ne soit pas permis de franchir sans l'autorisation préalable du Parlement". El Senador Buffet en el Senado francés, 10 de diciembre de 1881 (citado por A. Berramdane, "La Constitution de 1958 et l'autorisation de déclaration de guerre", en *Revue du Droit Public*, nº 5, 1995).

Sumario

- 1. El Derecho Internacional de las Naciones Unidas y el uso legítimo de la fuerza.**
 - 1.1. Introducción.
 - 1.2. Clases de acciones armadas de uso legítimo de la fuerza.
- 2. La acción exterior de las Fuerzas armadas españolas tras la Constitución de 1978.**
 - 2.1. Las acciones humanitarias y de consolidación de la paz.
 - 2.2. Las operaciones militares que han conllevado el uso de la fuerza y su legalidad internacional.
 - 2.3. La participación española en acciones armadas y su legalidad interna.
- 3. El procedimiento de decisión de las operaciones armadas.**
 - 3.1. El marco teórico-normativo de nuestro país.
 - 3.2. Las previsiones normativas y la práctica seguida en algunos ordenamientos comparados relevantes.
 - 3.3. La práctica seguida en España en las operaciones militares más controvertidas.
- 4. Conclusiones.**

1. El Derecho Internacional de las Naciones Unidas y el uso legítimo de la fuerza

1.1. Introducción

En España, como ocurre en la mayor parte de los países de nuestro entorno, la participación militar en operaciones armadas fuera del territorio nacional ha devenido en las últimas décadas una realidad cada vez más compleja y, por esta misma razón, cada vez más divergente con, y menos *aprehensible* para, las normas jurídicas que disciplinan las funciones de las Fuerzas Armadas, los procedimientos de autorización de las acciones bélicas, o los límites materiales de estas últimas.

Esta disociación entre realidad y deber ser trae causa, por una parte, de los nuevos tipos de actuaciones que vienen realizando las Fuerzas Armadas en el exterior en las últimas décadas, como son las operaciones de carácter humanitario, de consolidación de la paz, de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz, todas ellas deducibles pero no expresamente previstas en la Carta de las Naciones Unidas y menos aún en las normas internas de los diferentes Estados, que suelen disciplinar en este ámbito, únicamente, el procedimiento para declarar la guerra y los límites de las acciones bélicas. Disociación que se deriva, por otra parte, de la práctica seguida por los diferentes países en la segunda posguerra mundial, para eludir que se consideren como guerras las acciones armadas de carácter bélico y de abiertas hostilidades desarrolladas por sus ejércitos, y evitar así su valoración a partir de las normas internacionales e internas relativas a la guerra.

En realidad, esta práctica no es una innovación propia de los conflictos bélicos de nuestros días; a lo largo de la historia el fenómeno de la guerra no ha dejado de estar sometido a diferentes reglas, relativas fundamentalmente a los supuestos materiales legitimadores de su declaración, y al procedimiento y a los órganos competentes para entablar un conflicto armado¹. Pero, como es sabido también, no ha sido nada extraño que el titular del poder en cada momento histórico obviara las reglas ya existentes y creara, en su caso, otras nuevas *ad hoc* para legitimar el inicio de determinadas acciones bélicas².

Desde este punto de vista, tras el surgimiento en la época moderna de la nueva forma de organización política monopolizadora del uso de la fuerza que es el Estado, las revoluciones liberales y las constituciones que son fruto de esos procesos supusieron el primer intento a partir de ese período por someter el poder estatal y su expresión bélica a reglas jurídicas ciertas, frente a la situación previa en la que el Estado (absoluto) identificado con el Monarca (absoluto) disponía de la prerrogativa para iniciar y concluir las guerras sin más límite que su propia voluntad y la voluntad divina que él mismo encarnaba³.

¹ Ya desde la antigüedad acontecía así. Cfr. al respecto D. J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge, 2001 p. 207 y ss., en relación con las justificaciones y los rituales de la guerra en las comunidades políticas más relevantes (pueblo judío, *polis* griegas, república romana).

² Los supuestos que ofrece la historia son abundantes. Un buen ejemplo son las guerras iniciadas por Roma sin respetar las sofisticadas reglas de su Derecho y de su tradición. Cfr. sobre la cuestión W.V. Harris, *War and Imperialism in Republican Rome*, Oxford, 1979, p. 166 y ss.

³ Precisamente, para Hobbes, el compendio de los derechos de soberanía era “el uso absoluto de la espada en paz y en guerra”. En J. García Fernández, “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 Cerol*, nº 32, 2000, p. 5 y ss., puede encontrarse un completo repaso a los teóricos del pensamiento político y del recién surgido *Derecho de gentes* de la época moderna, acerca de la legitimación para hacer la guerra y los posibles límites a la misma (p. 7 y ss.).

Con la aparición de las primeras constituciones escritas se impone la obligación constitucional de la declaración de la guerra, como fórmula solemne de inicio de las hostilidades frente a otro Estado⁴; se determinan los procedimientos y los órganos constitucionales legitimados para decidir la guerra y para dirigir la misma; y se establecen, incluso, los límites al inicio de las hostilidades⁵. En cualquier caso, esta aspiración del constitucionalismo liberal por *civilizar* a través del Derecho interno el fenómeno de la guerra, cosechó sin duda más fracasos que éxitos. Como consecuencia de ello, tras la experiencia de la I Guerra Mundial, el propósito de conformar jurídicamente los conflictos armados se seguirá abordando no sólo a través de dicho Derecho interno (constitucional), sino también por medio de un incipiente Derecho Internacional con fuerza de obligar⁶.

No obstante, la nueva experiencia traumática que supuso para la Humanidad la II Guerra Mundial puso en evidencia, una vez más, que las reglas jurídicas (internas e internacionales) se mostraban insuficientes para encauzar los conflictos bélicos dentro de límites tolerables para los Estados y sus ciudadanos⁷. Esta deficiencia manifestada

⁴ Las Constituciones anteceden a las normas internacionales en la previsión de esta obligación: Art. 1, Secc. 8, parágrafo 1º de la Constitución americana de 1787; Título III, Capítulo III, Secc. I, art. 2, parágrafo 1 de la Constitución francesa de 1791; frente al III Convenio de La Haya de 1907, que impuso la obligación a los Estados firmantes de no iniciar la guerra “sin un aviso previo e inequívoco, en forma de declaración de guerra motivada o de un ultimátum con declaración de guerra condicional”.

⁵ Como ocurre con la cláusula prevista en la Constitución francesa de 1791 (Título VI), en la que se renuncia a las guerras de conquista. No obstante, en los inicios del constitucionalismo la determinación de los supuestos legítimos de la guerra es la excepción; lo que importa en realidad es trasladar la atribución de decidir la misma del antiguo soberano (el Rey), al nuevo soberano (la Nación), encarnada únicamente en el Parlamento o en el binomio Rey-Parlamento. Sobre esta cuestión, cfr. J. García Fernández, *op. cit.*, p. 18 y ss. Un dato histórico interesante es que existe un antecedente de las constituciones americana (1787) y francesa (1791) en cuanto a la asunción de esta función por el órgano legislativo: Se trata del “Act anent Peace and War” aprobada en 1703 por el Parlamento de Escocia, cuyo efecto era que ningún futuro soberano tendría el poder de hacer la guerra o la paz sin el consentimiento del Parlamento.

⁶ Precisamente por la expresas previsiones constitucionales de su recepción en el Derecho interno, como en la Constitución de la II República Española, de la República de Weimar, o de la República austriaca de entreguerras. Sobre la trascendencia de estas previsiones constitucionales para hacer confluir en una unidad al Derecho interno y al Derecho Internacional, cfr., por ejemplo, B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, 1931, p. 48 y ss. Acerca de *ambos Derechos* no como dos legalidades *solipsistas*, sino integradas, y del valor jurídico que se ha de atribuir a la Constitución como eslabón de enlace entre *ambos ordenamientos*, véase J.L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995, y F. Rubio Llorente en el prólogo a este libro.

⁷ Ahora bien, hay una perspectiva de este asunto que no debe ser olvidada: La finalidad que caracteriza al Derecho como instrumento para encauzar conflictos no supone que el ordenamiento jurídico (ya sea interno o internacional) los pueda evitar, sino únicamente resolverlos a través de reglas ciertas sancionando, en su caso, los comportamientos contrarios a Derecho. De este modo, lo característico de la estructura de las normas (al menos desde el positivismo jurídico) no es contener mandatos dirigidos a los individuos, sino mandatos dirigidos a quienes tiene poder sancionador. Si tomamos en consideración el Derecho Internacional de entreguerras (Pacto de la Sociedad de Naciones, Pacto Briand-Kellog), la obligación de los Estados de resolver pacíficamente las controversias internacionales y el compromiso de los mismos de no recurrir a la guerra como instrumento de política internacional contenidos en dichos Pactos, no eran –como se pudo comprobar fehacientemente– instrumento suficiente para evitar los comportamientos de los Estados iniciando guerras de agresión, pero sí para adoptar sanciones frente a los responsables de las mismas. La evidencia de este planteamiento la encontramos en que el Pacto de París (Briand-Kellog) se encontraba en la base del Acuerdo de Londres de 1945 que instituyó el Tribunal de Nuremberg, y en el que se definía la guerra de agresión como un crimen internacional que conllevaba también la responsabilidad penal individual para los que la habían decidido y actuado [A.C. Gialdino, “Guerra (diritto internazionale)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX, Milán, 1970, p. 872]. El problema en el ámbito del Derecho Internacional estriba en las coyunturas de las que depende la efectividad de esa sanción (derrota en la guerra del agresor, institución legitimada para hacer uso de la fuerza), cuestión que no se ha resuelto ni siquiera con la creación de las Naciones Unidas.

por el Derecho para domeñar el jinete apocalíptico de la guerra, permite explicar la solemnidad y radicalidad con la que se convino la Carta de las Naciones Unidas y se estableció esta organización internacional. De hecho, la propia Carta se refiere una sola vez a la guerra (en el Preámbulo y en relación con el pasado), para definirla como un flagelo que ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles y del que se ha de preservar a las generaciones futuras. Sin embargo, en el articulado de la misma y en relación con la acción futura de la Organización para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, los términos utilizados son los de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz, actos de agresión, o agresiones armadas; omisión del término *guerra* que quizás pretendiera exorcizar ese fenómeno eliminando su referencia expresa.

En cuanto al Derecho interno de los Estados, la impronta *pacifista* que asomaba en el constitucionalismo de entreguerras⁸ encuentra también en la actualidad un nuevo impulso que se manifiesta en el rechazo a las guerras de agresión y en el fomento de las soluciones pacíficas a los conflictos, como propósitos contenidos en las Constituciones aprobadas a partir de la II Guerra Mundial⁹. De cualquier forma, esa *impronta* pacifista no ha supuesto que los textos constitucionales contemporáneos dejen de regular el modo y el procedimiento para que el correspondiente Estado pueda entrar en guerra; la cual, no obstante, se configura fundamentalmente de manera defensiva, como última *ratio* para garantizar la salvaguarda y supervivencia del Estado y para preservar, en consecuencia, su soberanía e independencia, su integridad territorial y el ordenamiento que lo sustenta.

La previsión constitucional de la guerra como actuación legítima del Estado, y la tipificación en el Derecho Internacional de las Naciones Unidas y en la práctica de esta institución de supuestos en los que es legítimo el uso de la fuerza, constituyen en definitiva el entramado jurídico básico que ha de servir para valorar la legalidad de las diferentes intervenciones militares y acciones bélicas que han plagado sin solución de continuidad las últimas décadas y, por lo que más interesa a nuestro discurso, aquéllas en las que han intervenido las Fuerzas Armadas españolas, ya que este Derecho (interno e internacional) nacido tras la creación de Naciones Unidas ha sido

⁸ De modo especialmente evidente en la Constitución española de la II República, donde se prescribe que “España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional” (art. 6), y que “El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de Naciones...” (art. 77). Cfr. sobre esta cuestión J. García Fernández, *op. cit.*, p. 38 y ss.; y también la positiva valoración de estas previsiones de la Constitución de 1931 realizada por B. Mirkine-Guetzévitch, *op. cit.*

⁹ Como ocurre en el Preámbulo de la Constitución española (*La Nación Española, ... proclama su voluntad de: ... Colaborar al fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra*); en el art. 11 de la Constitución italiana (*Italia repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los demás pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales; consiente, en condiciones de paridad con los otros Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales dirigidas a ese fin*); en el Preámbulo de la Const. francesa de 1946 (apdo. 14: *La República Francesa, fiel a sus tradiciones, se conforma a las reglas de derecho público internacional. No llevará a cabo ninguna guerra con fines de conquista y no utilizará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo*); en la Constitución portuguesa (art. 7.1: *Portugal se rige en las relaciones internacionales por los principios de la independencia nacional, del respeto de los derechos del hombre, de los derechos de los pueblos, de la igualdad entre los Estados, de la solución pacífica de los conflictos internacionales, de la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados y de la cooperación con todos los demás pueblos en la emancipación y el progreso de la humanidad*); o en la Ley Fundamental de Bonn (art. 26: *Las acciones susceptibles de, y emprendidas con la intención de, perturbar la pacífica convivencia entre los pueblos, en particular las que preparen una guerra de agresión, son inconstitucionales*), previsiones ratificadas en el *Zwei-plus-Vier-Vertrag* de 12 de septiembre de 1990, relativo a la estructura institucional de la Alemania reunificada.

urdido en su origen con la finalidad de someter a reglas jurídicas ciertas al poder (el Estado) y a su concreción necesaria y más radical (el monopolio de la fuerza física, el poder en armas).

1.2. Clases de acciones armadas de uso legítimo de la fuerza

La forma y el tipo de actuaciones en que se concretan las intervenciones armadas en el exterior, así como los límites a las mismas y su procedimiento de adopción, están sometidos a múltiples variables que impiden establecer una regla común y genérica para cualquier tipo de acción militar fuera del territorio nacional. Cada tipo de intervención supone una distinta implicación de las Fuerzas Armadas en su ejecución, de mayor o menor intensidad dependiendo de que se haya de hacer uso de la fuerza o no, y de si ese uso tiene cabida únicamente en legítima defensa o también de manera coercitiva. Esta casuística, que se deriva de la práctica internacional de operaciones armadas ejecutadas bajo la cobertura de las Naciones Unidas y de su Carta fundacional, conlleva que las clasificaciones sobre las mismas elaboradas por la doctrina no coincidan plenamente; más aún si tenemos en cuenta las variables de cada operación en cuanto a sus finalidades y a las acciones desarrolladas y autorizadas por la correspondiente Resolución¹⁰.

Como quiera que sea, existen determinadas acciones de las Fuerzas Armadas en el territorio de otro Estado que no guardan ninguna relación con operaciones bélicas. Así ocurre con las acciones de carácter estrictamente humanitario llevadas a cabo con el consentimiento del Estado receptor y que tienen por objeto resolver situaciones de crisis derivadas de catástrofes naturales o de movimientos de refugiados. La propia naturaleza de estas misiones y la existencia de un acuerdo entre los Estados hace innecesaria la intervención previa de Naciones Unidas, al tiempo que determinan el procedimiento interno de adopción de las mismas en el seno del Estado y la correspondiente implicación parlamentaria¹¹.

En cuanto a las operaciones con las que se trata de resolver controversias, la práctica internacional ha superado con creces las previsiones contempladas en los Capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas, por variadas razones¹². La propia

¹⁰ Sobre la evolución de las misiones de Naciones Unidas de mantenimiento de la paz y sus diferentes concreciones, cfr. entre una abundante doctrina, en lengua española, V. Abellán Honrubia, epígrafe “Las operaciones de mantenimiento de la paz”, en M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, 10ª ed., 1997, p. 222 y ss.; J. Cardona Llorens, epígrafe “Acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión”, *Id.*, p. 218 y ss.; F. Vacas Fernández, *Las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas y el principio de no intervención*, Valencia, 2003, *passim*; y Y. Chamorro Chopo, “La cuestión de la constitucionalidad de la participación de las Fuerzas Armadas españolas en misiones internacionales y su control político”, en J. Fernández López (coord.), *25 años de Constitución y Fuerzas Armadas, Cuadernos “Lucas Mallada”*, Zaragoza, 2003, p. 127 y ss.

¹¹ España se ha implicado en diversas acciones de este tipo, como las operaciones *Provide Comfort* (ayuda humanitaria al pueblo kurdo, 1991); *Alba* (entrega de ayuda humanitaria en Albania, 1997); *Alfa-Charlie* (ayuda humanitaria a Centroamérica tras el huracán *Mitch*, 1998); *Alfa-Romeo* (ayuda humanitaria a los albanos-kosovares refugiados en el norte de Albania, 1999); *India-Mike* (ayuda humanitaria a Mozambique tras las inundaciones del año 2000); o *Tango-Tango* (ayuda humanitaria a Turquía tras el terremoto de 2000 en la zona norte del país). Algunas de ellas mediando, y otras sin mediar una intervención previa de Naciones Unidas (acuerdos bilaterales de cooperación). Acerca del primer tipo, cfr. M.C. Marqués Carrasco, “La acción del Consejo de Seguridad por razones humanitarias: el caso de los refugiados kurdos”, en *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Sevilla, 1994, p. 81 y ss. Las referencias a las operaciones internacionales de nuestras Fuerzas Armadas pueden consultarse en la página web del Ministerio de Defensa, <http://www.med.es>

¹² Bien por la paralización del Consejo de Seguridad como consecuencia del derecho de veto de algunos de sus miembros, pasándose a la decisión de las operaciones por la Asamblea [por primera vez en 1950, a través de la Resolución 377 (V) *Unión para la Paz*]; bien por el fin de la Guerra fría, la pervivencia de conflictos locales y el interés de los Estados y de las organizaciones regionales por implicarse con más

Organización de Naciones Unidas, a través de su Presidente, ha tomado en consideración dicha práctica y ha establecido en el *Programa de Paz* una definición de las diferentes acciones que puede avalar el Consejo de Seguridad para poner fin a las controversias internacionales y a las amenazas a la paz y a la seguridad¹³.

Algunas de esas misiones bajo mandato de Naciones Unidas, las denominadas operaciones de *construcción o consolidación* de la paz, se consideran de baja intensidad ya que no entrañan el uso de la fuerza y no conllevan riesgos de intervención armada, como se desprende de las diversas Resoluciones de Naciones Unidas en las que se legitiman misiones de este tipo¹⁴. Así ocurre con aquellas operaciones que tienen carácter preventivo o protector y que se caracterizan por realizarse con el consentimiento de las partes enfrentadas o del país implicado, activándose cuando se ha conseguido poner fin a un conflicto con el objeto de observar y verificar acuerdos de paz, realizar labores de interposición para garantizar su cumplimiento y evitar el resurgimiento de las hostilidades; y, en su caso, también con la finalidad de colaborar en la reconstrucción del país con la realización de otras funciones más complejas¹⁵.

Otras operaciones de paz de Naciones Unidas exigen una mayor implicación armada y pueden conllevar, o conllevan, el uso de la fuerza, bien sea en legítima defensa, bien sea también de manera coercitiva. Este tipo de actuaciones son, sin duda, las más complejas. En ocasiones, el uso de la fuerza tiene carácter subsidiario de otro tipo de acciones como es proteger áreas seguras y zonas de exclusión de vuelos, garantizar los embargos decretados por Naciones Unidas, permitir el reparto de ayuda humanitaria o preservar la seguridad y estabilidad en un país. La asociación del uso de la fuerza a este tipo de misiones de *mantenimiento de la paz* se explica porque con ellas se pretende poner freno a las actuaciones de un Estado que amenazan o quebrantan la paz, o porque se llevan a cabo en Estados cuyas autoridades no pueden garantizar condiciones seguras para el desarrollo de la misión de Naciones Unidas¹⁶.

En otras ocasiones, las acciones militares son aún más incisivas, ya que tienen carácter coercitivo y bélico y se dirigen directamente contra un Estado con el fin de restaurar las vulneraciones o amenazas a la paz y los actos de agresión. Por esta

intensidad para resolver los conflictos (como ha ocurrido en el ámbito europeo con los conflictos que se han sucedido en la ex-Yugoslavia).

¹³ N.U.: *Informe del Secretario General "Un Programa de Paz"*, de 17 de junio de 1992, Doc. S/24111; N.U.: *Suplemento de un Programa de Paz: Documento de posición del Secretario General presentado con ocasión del cincuentenario de Naciones Unidas*, de 3 de enero de 1995, Doc. A/50760 y S/1995/1.

¹⁴ España ha intervenido en operaciones de consolidación de la paz en África [Angola (UNAVEM I Y II), Namibia (UNTAG), Mozambique (ONUMOZ)]; y, con mayor implicación, en Centroamérica [Nicaragua (ONUCA), Guatemala (MINUGUA), y El Salvador (MINUSAL)], y en Europa [SFOR (Bosnia y Herzegovina) y UNMIK (Kosovo)].

¹⁵ Entre esas funciones, garantizar el desarme de las partes y la restauración del orden, efectuar labores de policía, de seguimiento de las elecciones, de desmovilización de tropas y de reintegración de sus elementos en la sociedad. Desde este punto de vista, se habla de operaciones de paz de segunda generación, que conllevan estas actuaciones más complicadas, frente a las de primera generación; basadas en la interposición y en la simple verificación. Cfr. al respecto Y. Chamorro Chopo, *op. cit.*, p. 131 y ss.

¹⁶ Como ha ocurrido con las misiones de este tipo en Bosnia y Herzegovina (IFOR), Kosovo (KFOR), Afganistán ISAF, y actualmente en Irak. No obstante, en algunos casos se hace difícil distinguir entre las operaciones de *consolidación de la paz* de segunda generación y las operaciones de *mantenimiento de la paz*, porque las primeras son a menudo continuación de las segundas, cuando ya se ha estabilizado el territorio objeto de la operación y existen condiciones de seguridad y una autoridad local que ejerce efectivamente el poder. De cualquier forma, el elemento determinante para distinguir entre unas y otras ha de ser la necesidad del uso de la fuerza (aunque sea en legítima defensa) y su autorización en la correspondiente Resolución de Naciones Unidas (*mantenimiento de la paz* en sentido estricto), puesto que la ONU no cataloga las diferentes misiones que autoriza.

razón se les denomina operaciones de *imposición de la paz* y, aunque la doctrina duda respecto de su mejor acomodo en las distintas previsiones de la Carta de Naciones Unidas, su legitimidad internacional apenas se discute cuando han sido avaladas mediante una Resolución de la ONU¹⁷.

En ambos supuestos, operaciones de *mantenimiento de la paz* que llevan asociado el uso de la fuerza y operaciones de *imposición de la paz*, el riesgo efectivo de implicación de los ejércitos en un conflicto armado y de abiertas hostilidades es muy elevado o, simplemente, inevitable; por lo que cabe afirmar que, desde el punto de vista de los ordenamientos internos y, en algunos casos, también del ordenamiento internacional, este tipo de acciones serán equiparables en algunos aspectos a una situación de guerra.

Por último, el ordenamiento de las Naciones Unidas autoriza el uso de la fuerza por parte de los Estados en legítima defensa, sin que haya de mediar una previa resolución de la Organización en caso de padecerse un ataque armado¹⁸. Hasta el último lustro se venía entendiendo de forma mayoritaria en el ámbito del Derecho Internacional que esta legítima defensa *ex post facto*, junto con las operaciones internacionales que se acaban de referir en las que se precisa el uso de la fuerza, agotaban los supuestos en que era legítimo el desarrollo de acciones bélicas contra otro Estado. Pero recientes acontecimientos de carácter bélico y de abiertas hostilidades contra un Estado que no encajaban en los casos descritos, como han sido los ataques aéreos de *injerencia humanitaria* contra Serbia tras la crisis en la región de Kosovo, o la ofensiva militar contra Irak que se ha tratado de justificar en la legítima defensa preventiva, han puesto en cuestión las certezas internacionalistas sobre el uso de la fuerza y han abierto la espita para una posible reformulación de la legitimidad de los conflictos armados en el ámbito internacional¹⁹.

Esta aproximación a los diferentes supuestos de intervenciones militares en el extranjero y la delimitación de aquéllas que contienen rasgos comunes con las

¹⁷ Tenían este carácter coercitivo y de imposición armada de la paz frente a una agresión bélica previa, la Guerra del Golfo y la intervención militar contra Afganistán. Merced a dicho carácter, estas operaciones no se diferencian de modo significativo de las tradicionales confrontaciones entre potencias que conllevan el uso de la fuerza militar. Cfr. al respecto P. Benvenuti, "Forze multinazionali e diritto internazionale umanitario", en N. Ronzitti (coord.), *Comando e controllo nelle forze di pace e nelle coalizioni militari*, Milán, 1999, p. 241 y ss.

¹⁸ De cualquier modo, en el ejercicio del derecho la legítima defensa prevista en el art. 51 de la Carta, los Estados vienen obligados a comunicar al Consejo de Seguridad las medidas adoptadas para actuar dicho derecho; medidas que no afectan de manera alguna a la autoridad y responsabilidad del Consejo para que éste ejerza o decida las acciones necesarias para mantener o restablecer la paz.

¹⁹ Ya con anterioridad se discutía la legitimidad del uso de la fuerza en el ámbito internacional en una serie de supuestos, a través de los cuales se trataban de justificar acciones armadas no deducibles directamente de la Carta y de las resoluciones de la ONU, en buena parte de los casos ejecutadas por Estados con un peso específico en el Consejo, como por ejemplo, la intervención militar francesa y británica en el Canal de Suez, las operaciones del ejército de los Estados Unidos en Granada o Panamá, o la invasión soviética de Afganistán. Cfr. sobre estas cuestiones, O. Casanovas y La Rosa, Capítulo "El principio de la prohibición del uso de la fuerza", en M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13ª ed., Madrid, 2001, p. 857 y ss. Tras la intervención armada de la OTAN contra la ex-Yugoslavia por la crisis en Kosovo, o las recientes acciones bélicas contra Irak, se han acentuado los argumentos para delimitar un círculo más amplio de uso legítimo de la fuerza que el que se deriva de Naciones Unidas, pese a lo cual una buena parte de la doctrina sigue defendiendo la formulación tradicional del uso legítimo de la fuerza en Derecho Internacional. Cfr., por ejemplo, "Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention", de varios autores, en *American Journal of International Law*, Vol. 93, nº 4, 1999; T.E. O'Connell, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, The American Society of International Law, Task Force on Terrorism, Washington, 2002; U. Villani, "Il disarmo dell'Iraq e l'uso della forza nel diritto internazionale", <http://dex1.tsd.unifi.it/jg/it/surveys/wlgo/villani.htm>.

acciones de guerra, abre el paso para determinar, a continuación, cuál es el régimen jurídico que es de aplicación a las misiones en las que participen las Fuerzas Armadas españolas. Desde esta perspectiva, se tomarán en consideración los supuestos más conflictivos de intervenciones militares en los que se han visto implicados los ejércitos de nuestro país desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, para valorar su adecuación a las normas de referencia y para establecer, en su caso, los límites y los procedimientos que vinculan a los poderes del Estado competentes para decidir este tipo de intervenciones.

El tratamiento que reciben estas actuaciones armadas en los ordenamientos comparados afines al español servirá también como referente en nuestro análisis, ya que las reglas y las prácticas seguidas en dichos ordenamientos pueden ofrecer pautas no sólo para valorar las operaciones militares españolas ya realizadas, sino también para definir las posibles carencias existentes en nuestro propio ordenamiento y su posible solución.

2. La acción exterior de las Fuerzas Armadas españolas tras la Constitución de 1978

2.1. Las acciones humanitarias y de consolidación de la paz

En cuanto a estas operaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior que no revisten los caracteres de un conflicto armado y que no conllevan el uso de la fuerza, la participación de nuestros ejércitos en las mismas sólo suscita la cuestión de su falta de previsión legal como una de las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas. En la Ley Orgánica 6/1980, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar (LODN), y en las Reales Ordenanzas²⁰, podemos encontrar referencias a este tipo de actuaciones de contingentes militares nacionales *en el ámbito interno* sobre cuya constitucionalidad no cabe albergar dudas, ya se entiendan como una concreción de la función de defensa que atribuye la Constitución a las Fuerzas Armadas, interpretada en sentido amplio, ya se consideren funciones distintas a las previstas en el art. 8 del texto constitucional pero no incompatibles con el mismo²¹.

Por tanto, la cuestión se circunscribe a determinar si este tipo de actuaciones pueden realizarse también en el exterior como consecuencia de las obligaciones derivadas de la integración en el sistema de seguridad colectivo que son las Naciones Unidas (acciones de *consolidación de la paz*), o con base en acuerdos bilaterales con otros Estados para desarrollar ayuda estrictamente humanitaria en su territorio. La respuesta sobre este aspecto debe ser afirmativa, por la propia naturaleza de las operaciones, con argumentos que habrá ocasión de desarrollar después respecto de acciones militares más incisivas como son las que suponen el uso de la fuerza. Por lo demás, las propias Cortes Constituyentes que aprobaron la Norma Fundamental tenían presente también esta dimensión internacional de la actividad de las Fuerzas Armadas, como lo demuestra la referencia contenida en el art. 9 de las Reales Ordenanzas²².

²⁰ Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas aprobadas por la Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

²¹ Sobre esta dimensión de las Fuerzas Armadas en el ámbito de la protección civil, cfr. F. López Ramón, *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Madrid, 1987, p. 328 y ss.; F. Fernández Segado, “El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo”, en *REDC*, nº 70, 2004, p. 189 y ss. Estas funciones civiles de las Fuerzas Armadas se regulan en la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil (art. 2) y se prevén en las Reales Ordenanzas (art. 22) y en la LODN (arts. 21 y 22), con una formulación que parece identificar estas actuaciones de las Fuerzas Armadas con la función de defensa que se deriva del art. 8 CE, en su dimensión civil.

²² “Cuando unidades militares españolas actúen en misiones de colaboración para mantener la paz y

Aún más, en la toma de posición con alcance más general adoptada por nuestro Parlamento en relación con las acciones exteriores de nuestras Fuerzas Armadas, la *Resolución* aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados sobre “Los nuevos retos y la reforma institucional de las Naciones Unidas”²³, establece que la participación española en operaciones de paz “... deberá estar regida por los principios de *imparcialidad, consentimiento de las partes y no recurso a la fuerza* (salvo en caso de legítima defensa)”²⁴, condiciones que sólo se cumplen en plenitud en las operaciones de consolidación de la paz²⁵.

En cuanto a la competencia para ordenar este tipo de acciones de las Fuerzas Armadas de carácter civil que no contienen elementos de similitud con operaciones armadas, la práctica seguida en nuestro país ha sido que las mismas hayan sido decididas por el Gobierno²⁶. Esta competencia gubernativa no parece controvertida, teniendo en cuenta las funciones de dirección de la política interior y exterior, de la Administración civil y militar, y de la defensa que corresponden constitucionalmente al Gobierno (art. 97 CE); valorando también el tipo de acciones de las Fuerzas Armadas que han de ser autorizadas por las Cortes Generales o el Congreso de los Diputados²⁷; y tomando en consideración, además, las previsiones de la LODN que atribuyen al Gobierno las funciones de determinar la política de defensa y de asegurar su ejecución, y a su Presidente la de dirigir dicha política²⁸, frente a la generalidad y escasez de las funciones que el propio legislador atribuyó a las Cortes Generales sobre esta materia²⁹.

2.2. *Las operaciones militares que han conllevado el uso de la fuerza y su legalidad internacional*

La participación de las Fuerzas Armadas en operaciones donde se ha de hacer uso de la fuerza puede revestir diversas modalidades, por el tipo de conflicto en el que se desarrollen esas operaciones y por el modo en que se implique en las mismas cada concreto Estado, unos interviniendo directamente con sus ejércitos en las hostilidades, otros optando por ofrecer apoyo logístico o humanitario a esas acciones, o participando tras la *debellatio* en garantizar la seguridad y estabilidad del territorio objeto de la acción bélica. Algunas de las acciones armadas más relevantes y

seguridad internacionales, se sentirán nobles instrumentos de la Patria al servicio de tan elevados fines”.

Cfr. en el mismo sentido F. López Ramón, *op. cit.*, p. 324 y 325.

²³ En sesión de 24 de octubre de 1995 (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie E, nº 178, 22 de noviembre de 1995, p. 1 y ss.)

²⁴ *BOCG*, *cit.*, p. 15.

²⁵ Otro asunto que habrá que dilucidar después es el alcance y la vinculatoriedad jurídica de un acto de impulso político como la Resolución citada. Ahora sólo se pretende señalar la opción de nuestro Parlamento por aceptar la implicación de nuestras Fuerzas Armadas en un determinado tipo de operaciones de Naciones Unidas, las de consolidación de la paz.

²⁶ A través de Acuerdos del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro de Defensa.

²⁷ Esto es, aquéllas de carácter bélico (declaración de guerra, art. 63.3 CE), o aquéllas en las que las Fuerzas Armadas intervienen bajo específicas circunstancias (estado de sitio, art. 116.4 CE).

²⁸ Arts. 7 y 8 de la LODN.

²⁹ Solamente la capacidad para debatir las líneas generales de la política de defensa y de los programas de armamentos (art. 6 LODN). No obstante, el legislador español podría decidir someter la decisión de este tipo de operaciones a una autorización parlamentaria previa, en una futura regulación de esta materia, optando así por configurar nuestro ejército como un ejército fundamentalmente *parlamentario*; lo cual, dejando a un lado la operatividad y la conveniencia política de este procedimiento de autorización, no parece incompatible con nuestro texto constitucional y con nuestra forma de gobierno de parlamentarismo racionalizado. Un planteamiento similar es el que ha asumido el Tribunal Constitucional alemán en la Sentencia *BverfGE 90, 286*, de 12 de julio de 1994, considerando al ejército federal (*Bundeswehr*) como un ejército parlamentario (*Parlamentsheer*); y estableciendo la necesaria intervención del *Bundestag* cuando se pretenda implicar al ejército en operaciones internacionales.

polémicas que se han desarrollado en las dos últimas décadas y en las que han participado las Fuerzas Armadas españolas son buena muestra de estas matizaciones.

Tomando como referencia la Guerra del Golfo, desencadenada tras la invasión iraquí de Kuwait; La crisis en la antigua Yugoslavia y el punto álgido de la misma con la emergencia humanitaria en Kosovo; la guerra contra el terrorismo internacional y la posterior ofensiva bélica en Afganistán; o la reciente acción bélica preventiva contra Irak; la legalidad internacional de estas acciones ha de valorarse, principalmente, respecto del uso de la fuerza en la confrontación bélica y, posteriormente, respecto de las operaciones de mantenimiento de paz que han seguido a la finalización del conflicto.

Todos los supuestos descritos han resultado controvertidos de una u otra forma, si bien la Guerra del Golfo y la intervención militar contra Afganistán han sido consideradas, mayoritariamente, como supuestos legítimos del uso de la fuerza³⁰. No ha ocurrido así, sin embargo, con la intervención militar contra Serbia tras la crisis humanitaria en Kosovo, decidida y activada por la OTAN (1999), valorada como un uso ilegítimo de la fuerza según el Derecho Internacional por tratarse de una intervención militar coercitiva (bélica) contra y en territorio de otro Estado (Yugoslavia), previa una *activation order* decidida en el seno de la OTAN, por evidentes razones humanitarias que, en cualquier caso, resultaban ser insuficientes para afirmar la legalidad internacional de las operaciones en ausencia de una Resolución de Naciones Unidas autorizando el empleo de la fuerza y el inicio de hostilidades³¹.

Y tampoco con la reciente acción bélica contra Irak. Tanto en el ámbito académico y político como en la opinión pública³² esta acción bélica ha sido considerada de forma mayoritaria como una *agresión armada*, ilegal desde la perspectiva del Derecho Internacional. Ciertamente, los Estados implicados en el ataque militar han tratado de justificar su actuación como una medida de legítima defensa preventiva, o como una

³⁰ En el primer caso, con base en la autorización contenida en la Resolución 678 (1990), de 11 de noviembre, para que los Estados utilizaran todos los medios necesarios con el objeto de obligar a Irak a retirarse inmediata e incondicionalmente de Kuwait (cfr. U. Villani, *L'ONU e la crisi del Golfo*, 2ª ed., Bari, 1995, p. 101 y ss.). En cuanto a la intervención militar contra Afganistán, la legalidad internacional de la acción bélica llevada a cabo por Estados Unidos y el Reino Unido contra el gobierno talibán y el grupo terrorista al-Qaeda, tras los atentados de 11 de septiembre de 2001, se asentaba en el derecho de los Estados a la legítima defensa frente a una agresión, con los problemas que plantea una acción de legítima defensa cuando el ataque armado que activaba la misma (los atentados terroristas) ya se había agotado (cfr. C. De Fiores, "L'intervento militare in Afghanistan. Profili di Diritto costituzionale interno e internazionale", en *Politica del Diritto*, nº 1, 2002, p. 79 y ss.); y se basaba también en las Resoluciones 1368 y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, aunque estas Resoluciones no especificaban a Afganistán como el Estado implicado en la acción terrorista (cfr. A. Giardina, "Diritto Internazionale ed uso della forza", en *Atti del Convegno Guerra e Costituzione*, www.asociazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/roma20020412/).

³¹ Sobre la ilegalidad internacional de esta acción, cfr. J.I. Charney, "Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo", en "Editorial Comments...", *cit.*; y también, abordando los perfiles internacionales e internos del problema, N. Ronzitti (coord.), *Nato, Conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milán, 2000., p. 148. En sentido diferente, para A. Cassese, "Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", en *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, nº 1, p. 23 y ss., las extremas circunstancias de esta intervención podrían determinar una excepción a la prohibición del uso de la fuerza en el Derecho Internacional. A la doctrina española sobre el argumento haremos referencia con posterioridad.

³² Sobre la trascendencia de la opinión pública en este conflicto, cfr. M. Carpintero del Barrio, "Sobre el derecho de injerencia: El caso de Irak en el desarrollo del *ius ad bellum*", *Instituto de Empresa WorkingPaper/Derecho*, WPE/D04, 2004.

acción justificada por las permanentes vulneraciones de las Resoluciones de Naciones Unidas por parte de la autoridad iraquí y avalada por la Resolución 1441 (8 de noviembre de 2002)³³. Pero la certeza es que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas había optado expresamente por no adoptar una Resolución en la que se autorizase el uso de la fuerza, por lo que la inexistencia de un mandato en este sentido de dicha Organización convertía a esta acción armada en un acto ilícito internacional³⁴.

En cuanto a las operaciones de mantenimiento de la paz que han seguido al final de estas acciones bélicas con el objeto de garantizar la seguridad y estabilidad en esos territorios³⁵, pocas dudas caben acerca de su legalidad internacional y de la legitimidad del uso de la fuerza en las mismas con dicho objeto³⁶, teniendo en cuenta la existencia de específicas Resoluciones de Naciones Unidas que explicitan dichas operaciones. Resoluciones que, de cualquier forma, no pueden ser consideradas como un respaldo (legitimación) *ex-post facto* a las acciones armadas ilegales desde el punto de vista internacional (Kosovo e Irak)³⁷.

2.3. La participación española en acciones armadas y su legalidad interna

Pero la catalogación que merezca una acción armada desde esa perspectiva de la legalidad internacional no agota los criterios de valoración que recaen sobre la misma. En efecto, cabe plantearse si cada concreto ordenamiento puede incorporar criterios añadidos a los que se derivan de la Carta de Naciones Unidas y del Derecho Internacional para que las Fuerzas Armadas del país puedan implicarse en una determinada operación.

Una perspectiva de este planteamiento la encontramos en aquellos ordenamientos cuyas constituciones proscriben expresamente las guerras de agresión, ya que el rechazo constitucional de este tipo de conflicto bélico podría considerarse un criterio de valoración autónomo que haría ilegales determinadas acciones armadas, aún en presencia de una decisión de Naciones Unidas legitimadora del uso de la fuerza. Evidentemente, eso no supone considerar la operación *mandatada* por la ONU como

³³ Cfr. acerca de la justificación de la legalidad internacional de esta intervención en el cumplimiento de las anteriores Resoluciones de Naciones Unidas, el *Informe del Select Committee on Foreign Affairs* de la Cámara de los Comunes británica [*January-June 2003: Addressing the Threat from Iraq (tenth Report)*], y las alegaciones allí recogidas del *Attorney General*, Lord Goldsmith, en su comparecencia ante la Cámara. En Estados Unidos, junto a la anterior justificación, se ha apelado también al argumento de la *preemptive self-defense*, como profundización de la *preventive self-defense*, que ha sido avanzado por el Presidente de los Estados Unidos tras los atentados de 11 de septiembre de 2001 y que está presente en el espíritu de la *Joint Resolution* de 2 de octubre de 2002 (*Public Law 107-243*) del Congreso americano que autorizaba el uso de las fuerzas armadas de los Estados Unidos contra Irak. Sobre el concepto de la *preemptive self-defense* cfr. R. Wolfrum, "Iraq – A Crisis for Our System of Collective Self-Defense" en www.mpil.de/en/wolfrum/eirak.pdf; y también T.E. O'Connell, *op. cit.*

³⁴ Las limitaciones de que adolece el Derecho Internacional como canon de valoración y enjuiciamiento de las acciones bélicas decididas por los Estados, o por determinados Estados que ostentan una posición privilegiada en el ámbito internacional, no puede conducir a aceptar sin más la interpretación de las normas convencionales que se deriva de operaciones militares decididas de conformidad únicamente con las normas internas del Estado, obviando el sentido y la toma de posición que el Consejo de Seguridad pretenda dar a sus Resoluciones. Cfr. al respecto U. Villani, "Il disarmo...", *cit.*; J. Lobel, M. Ratner, "Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraqi Inspection Regime", en *American Journal of International Law*, Vol. 93, enero, 1999, 1, p. 124 y ss.

³⁵ En concreto, aquéllas en que han participado o participan contingentes militares españoles, KFOR en Kosovo, ISAF en Afganistán, y la Fuerza Internacional de Seguridad para Irak.

³⁶ Aunque con algunas matizaciones en relación con Kosovo por los antecedentes de la misión de mantenimiento de la paz (KFOR y UNMIK) y las peculiaridades de este territorio autónomo de Serbia, como refiere E. Milano, "Security Council Action in the Balkans: Reviewing the Legality of Kosovo's Territorial Status", en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, n° 5, p. 999 y ss.

³⁷ Véase sobre la cuestión Y. Chamorro Chopo, *op. cit.*, p. 151 y ss.

una agresión armada, sino simplemente afirmar que los ejércitos tienen en ese ordenamiento una función exclusivamente defensiva o, a lo máximo, que pueden participar en acciones exteriores decididas por Naciones Unidas siempre que no impliquen el uso de la fuerza³⁸.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional alemán. Para el mismo, la autorización del uso de la fuerza armada por parte de Naciones Unidas conlleva, *iuris et de iure*, que las operaciones militares reconducibles a dicha autorización tengan el carácter de actuaciones dirigidas al restablecimiento de la paz, no pudiendo ser entendidas, en ningún caso, como actos de agresión prohibidos por la propia Constitución alemana. Dicho Tribunal ha hecho primar, por tanto, el elemento formal de la existencia de una decisión del Consejo de Naciones Unidas a la que reconducir las operaciones de las fuerzas armadas, frente al elemento sustancial del contenido concreto de dichas operaciones³⁹.

No obstante, es preciso tener en cuenta que los ejércitos pueden implicarse de modos distintos en las operaciones decididas por Naciones Unidas, y que éstas pueden conllevar un uso de la fuerza de muy distinta intensidad. Desde esta perspectiva, la escasa regulación de que son objeto en nuestro ordenamiento las funciones de las Fuerzas Armadas, y la cautela con la que han actuado los diferentes gobiernos de nuestro país para evitar que nuestros ejércitos se vieran implicados directamente en hostilidades, podrían llevar a pensar que la acción exterior de nuestros ejércitos no puede alcanzar la intensidad que caracteriza, por ejemplo, a las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, Francia o el Reino Unido, aún situándonos en los estrictos márgenes de las operaciones autorizadas por Naciones Unidas.

Como ya se ha dicho, de la Constitución de 1978 no cabe inferir una configuración de las funciones de las Fuerzas Armadas circunscrita exclusivamente a la defensa (en los términos del art. 8.1 y del 116.4 CE, puesto en relación con la LO 1/1981 que regula los estados excepcionales). Por lo demás, las previsiones de las Reales Ordenanzas, de la Directiva de Defensa Nacional de 1992 y de la Resolución del Congreso de los Diputados de 1995 ya referida, avalan la participación española en misiones de paz, sin que se proscriba esa participación cuando las operaciones conlleven el uso de la fuerza (mantenimiento de la paz en sentido estricto e imposición de la paz).

En la práctica, si prestamos atención a los conflictos en los que se ha visto implicado nuestro país, las Fuerzas Armadas han intervenido o intervienen en acciones de mantenimiento de la paz en las que cabía o cabe el uso de la fuerza para garantizar la

³⁸ Japón representa(ba) un ejemplo paradigmático en este sentido. El art. 9 de la Constitución japonesa de 1946 no sólo establece la renuncia a la guerra en general y a la amenaza o el uso de la fuerza en las controversias internacionales, sino que contiene también la obligación de no mantener “potencial bélico” en ese país para garantizar esa renuncia. La práctica política, sin embargo, ha interpretado estas previsiones de *radical pacifismo* constitucional variando cualitativamente su significado, creando primero fuerzas de autodefensa (Ley de 1954); permitiendo después que el ejército japonés participase en misiones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas neutrales y sin uso de la fuerza (Ley de Cooperación en Operaciones de Paz de 1992); hasta llegar a nuestros días con las previsiones de intervención exterior contenidas en las Medidas especiales antiterrorismo aprobadas en octubre de 2001 y, muy recientemente, con la aprobación en junio de 2004 de siete leyes sobre emergencias bélicas en Japón (después de la implicación de fuerzas armadas japonesas en la posguerra iraquí). Sobre estas cuestiones, véase C. Tirado Robles, “La renuncia a la guerra en la Constitución japonesa y sus repercusiones en las relaciones exteriores de Japón”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 76, 2000, p. 69 y ss.; y G. Vergottini, “Guerra e Costituzione”, en *Quaderni Costituzionali*, nº 1, 2002, p. 21 y ss.

³⁹ Esa es el planteamiento asumido por el Tribunal Constitucional alemán en la referida Sentencia de 12 de julio de 1994.

seguridad y estabilidad, o la ayuda humanitaria a un determinado territorio, por regla general en legítima defensa⁴⁰. Por el contrario, la participación directa en hostilidades dentro de las operaciones de imposición de la paz o de acciones bélicas coercitivas ha sido la excepción y no la regla de la actuación de nuestros ejércitos.

Así, en la Guerra del Golfo la intervención de las Fuerzas Armadas españolas en la operación bélica se concretó en prestar apoyo logístico, apoyo sanitario y humanitario de diverso tipo a los países que participaron directamente en acciones de fuerza⁴¹, sin intervenir en las hostilidades abiertas. De igual modo ocurrió en la acción bélica contra Irak, aunque en este caso sin el aval de Naciones Unidas, con la implicación de nuestros ejércitos ofreciendo asistencia logística y humanitaria a las Fuerzas Armadas que conducían el ataque armado⁴². La excepción ha sido la participación en los ataques aéreos contra Serbia activados unilateralmente por la OTAN en marzo de 1999 tras la crisis de Kosovo⁴³.

Esta tendencia de nuestros Gobiernos encuentra plasmación, a su vez, en la Resolución del Congreso de los Diputados antes referida, donde la unanimidad de los Grupos parlamentarios avaló una participación limitada de las Fuerzas Armadas españolas en misiones de paz. Como quiera que sea, que los supuestos, límites y requisitos que se han de respetar en la acción exterior de nuestras Fuerzas Armadas se contengan en una decisión de impulso político como la citada Resolución advierte ya de algunos problemas necesitados de solución en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, la carencia de vinculatoriedad jurídica de este tipo de acto parlamentario conlleva que el Gobierno de la Nación se encuentre vinculado sólo políticamente a dicha Resolución; vinculatoriedad que se debilita más aún cuando ya no se trata de Gobiernos sujetos a una relación de confianza con aquella Legislatura que aprobó la Resolución, aunque en las Legislaturas posteriores se mantenga la presencia parlamentaria de las formaciones políticas que apoyaron esa decisión por unanimidad, incluidas las dos mayoritarias con posibilidades de gobernar.

En segundo lugar, esa Resolución fija los supuestos de intervención de nuestras Fuerzas Armadas en operaciones de paz en términos muy estrictos, lo que supone que bastantes de las actuaciones armadas españolas en el exterior, anteriores o posteriores a la Resolución, encontrarían difícil acomodo en la misma. Así ocurre, evidentemente, con las acciones coercitivas sin mandato de Naciones Unidas como la de Kosovo o Irak⁴⁴. A su vez, estos principios ponen en cuestión la incorporación de

⁴⁰ Como ocurrió con la misión de paz en Bosnia y Herzegovina (IFOR); o sigue ocurriendo en Kosovo (KFOR) o en Afganistán (ISAF).

⁴¹ Según lo expresado por el Presidente del Gobierno en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, IV Legislatura, nº 81, 1991, p. 4023 y ss.).

⁴² Cfr. en este sentido la comparecencia del Presidente del Gobierno al amparo del art. 203 RCD, para informar sobre la situación internacional en relación con Irak y la posición del Gobierno de la Nación (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 227, 2003, p. 12055 y ss.).

⁴³ Participación que fue acogida por regla general de forma desfavorable en nuestra doctrina, a pesar de que fue apoyada por las dos grandes fuerzas políticas del país y del consenso que suscitó en el ámbito europeo. Véase al respecto F. Bastida Freijedo, C. Ruiz Miguel, C. Garrido, “Debate sobre la constitucionalidad de la intervención militar en Serbia”, *Revista Electrónica Debates Constitucionales*, nº 3, 2000; L. Cotino Hueso, “La posición de las Cortes en el ámbito militar y de la defensa (atención particular a la reciente experiencia de las crisis de Kosovo)”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 9, 2000, p. 253 y ss.; F. Cunctator, “La participación de España en la guerra de Kosovo”, en *Iuris*, nº 29, 1999, p. 30 y ss.; Y. Chamorro Chopo, *op. cit.*, p. 148 y ss.

⁴⁴ Ya que, según se establece en la Resolución, “La participación española en operaciones de paz se hará

nuestras Fuerzas Armadas en fuerzas multinacionales de mantenimiento de la paz autorizadas por Naciones Unidas que han debido actuar en escenarios donde ha sido necesario el uso de la fuerza más allá de la legítima defensa, o donde no estaba claramente definido el consentimiento de las partes⁴⁵.

En otro orden de cosas, el hecho de que las Fuerzas Armadas españolas no se impliquen directamente en hostilidades abiertas, como ocurrió en la Guerra del Golfo o en la Guerra contra Irak, introduce algunas matizaciones en la intervención exterior de nuestros ejércitos en operaciones coercitivas que, como quiera que sea, no pueden ser utilizadas para transformar de manera radical la naturaleza bélica de la operación en su conjunto. Por ello, prestar apoyo humanitario y logístico a una operación ilícita internacionalmente como la guerra contra Irak, no exime de ilicitud a la intervención española, por más que el ejército no intervenga en las acciones armadas⁴⁶. De modo similar, aunque con consecuencias mucho más atenuadas, realizar ese mismo tipo de actuación logística y humanitaria en el marco de una operación coercitiva autorizada por Naciones Unidas como la Guerra del Golfo, no convierte a la actividad de nuestras Fuerzas Armadas en una actividad sin carácter armado, sino que dicha acción se ha de catalogar, a efectos de los límites y requisitos materiales y procedimentales previstos en el ámbito interno, como una participación en una acción bélica que puede conllevar, a lo menos, el uso de la fuerza en legítima defensa.

Al margen de la incorporación a una acción militar de carácter internacional, España puede implicarse en un conflicto armado de manera unilateral, en legítima defensa. En este caso nuestra legislación interna tampoco contiene previsiones que determinen los supuestos y límites de este tipo de actuación. No se contienen en las Reales Ordenanzas, donde las referencias a la paz y a la guerra rezuman los condicionantes políticos y castrenses del difícil período en que fueron aprobadas y adolecen de escasa o nula preceptividad⁴⁷. Pero tampoco en la Ley Orgánica 6/1980 de Defensa Nacional, que se refiere únicamente, de forma sucinta, a los aspectos procedimentales de la declaración de guerra y de la dirección de la defensa nacional.

En consecuencia, los principios que vinculan a los órganos constitucionales en la activación unilateral de acciones armadas han de deducirse del Preámbulo de la Constitución, donde se afirma que “la Nación española... proclama su voluntad de... colaborar al fortalecimiento de unas relaciones pacíficas entre los pueblos de la Tierra”; de la configuración defensiva de las funciones asignadas a las Fuerzas Armadas en el art. 8.1 de la Norma fundamental; y de los compromisos que se derivan para nuestro país de su incorporación al sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas⁴⁸.

siempre bajo la autoridad de Naciones Unidas y por mandato de su Consejo de Seguridad... Desde el punto de vista doctrinal, nuestra participación en operaciones de paz deberá estar regida por los principios de *imparcialidad, consentimiento de las partes, y no recurso a la fuerza* (salvo en caso de legítima defensa)”, *BOCG*, nº 178, *cit.*, p. 15

⁴⁵ Véase sobre la cuestión F. Vacas Fernández, *op. cit.*, p. 330 y ss.

⁴⁶ L. Aguiar de Luque, L. López Guerra, P. Pérez Tremps, “Constitución y Guerra”, *El País*, 19/III/2003; I. Gutiérrez Gutiérrez, “Legalidad internacional y guerra legítima”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003-2004, p. 437 y ss.; Y. Chamorro Chopo, *op. cit.*, p. 151

⁴⁷ Por ejemplo, el art. 5, donde se dispone que “Los Ejércitos estarán constantemente dispuestos para afrontar situaciones de guerra, persuadidos de que son un medio eficaz para evitarla. Su fortaleza material y espiritual es garantía de seguridad y paz”. Cfr. sobre el lenguaje de las Reales Ordenanzas, en sentido crítico, F. López Ramón, *op. cit.*, p. 320 y ss.

⁴⁸ Aunque, como señala M. Herrero de Miñón, “Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, en *Revista de Derecho Político*, nº 43, 1998, p. 11 y ss., la declaración de guerra no se encuentra tan limitada en la Constitución de 1978 como lo estaba en la de 1931. A este respecto, las enmiendas del Grupo comunista al Anteproyecto de Constitución (enmienda nº 697) pretendían establecer

Los requisitos que legitiman el uso de la fuerza de forma unilateral se encuentran explicitados en la Carta de Naciones Unidas y en sus Resoluciones⁴⁹; y, desde este punto de vista, no parece conveniente, necesario, o posible, que nuestro legislador regule esta materia más allá. No será necesario para aquellos supuestos que derivan con claridad del Derecho de Naciones Unidas. No debería hacerlo para incorporar nuevos supuestos de legalidad discutida o mayoritariamente rechazada en el ámbito internacional⁵⁰. Y no parece conveniente hacerlo para establecer una casuística detallada sobre las situaciones que han de catalogarse como un ataque armado, porque eso comprimiría en exceso la capacidad de decisión singular de los órganos constitucionales competentes cuando se presenta una emergencia de este tipo.

Lo que sí parece recomendable, en todo caso, es que una futura reforma de la LODN tome en consideración la existencia de supuestos de uso de la fuerza, incluida la legítima defensa activada unilateralmente, que conllevan la implicación de las Fuerzas Armadas en un conflicto armado a los efectos de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 sobre el derecho de la guerra; y ello aunque esas acciones no vayan precedidas de una declaración formal de guerra. En este supuesto, como se dirá después, la similitud del conflicto armado con una situación de guerra será determinante para establecer el órgano legitimado para decidir su activación.

3. El procedimiento de decisión de las operaciones armadas

3.1. El marco teórico-normativo de nuestro país

Si problemático es definir aquellos casos de uso de la fuerza en los que pueden verse implicados los ejércitos, no lo es menos establecer los procedimientos y los órganos constitucionales aptos para decidir ese uso de la fuerza, y no sólo en España sino también en los países de nuestro entorno jurídico. La razón hay que encontrarla, una vez más, en las sucintas regulaciones constitucionales sobre la guerra y su

límites constitucionales precisos a la guerra: *enmienda nº 4 al art. 6*: art. 6.1: “Las relaciones internacionales de España se basan en los principios de cooperación pacífica entre los Estados; de independencia; de respeto a la soberanía de todos los Estados y no injerencia en los asuntos internos de éstos; de solución pacífica de los conflictos; de renuncia a la fuerza como instrumento de limitación o de destrucción de los demás pueblos; de respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; de igualdad de derechos y del derecho de todos los pueblos a decidir libremente sus propios destinos y demás principios de Derecho Internacional”; *enmienda nº 9 al art. 55*: art. 55.3: “En caso de agresión externa o amenaza grave para la independencia de España, corresponde al Rey, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra. También requerirá dicha autorización para concluir la paz” (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Tomo I, Madrid, 1980, p. 424 y 426).

⁴⁹ El derecho a la legítima defensa reconocido en el art. 51 de la Carta frente a una ataque armado. La noción de *agresión armada* ha sido definida en la Resolución 3314 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, adoptada por la Asamblea General mediante consenso, aunque se trata de una definición que puede dar lugar a problemas interpretativos, entre ellos que un Estado no pueda activar la legítima defensa frente al uso de la fuerza por otro Estado si esos actos no revisten la suficiente gravedad para el Consejo. Véase sobre esta cuestión O. Casanovas y La Rosa, *op. cit.*, p. 850 y ss.

⁵⁰ Sobre esos supuestos de legalidad internacional discutida, cfr. O. Casanovas y La Rosa, *op. cit.*, p. 857 y ss. En este asunto entra en juego la posición que puede y que debe adoptar nuestro país en el ámbito internacional en razón de los condicionantes que le son propios. Parece evidente que, desde esta perspectiva, no pueden extenderse a nuestro ordenamiento las prácticas admitidas legal, doctrinal o políticamente en otros países acerca de las intervenciones militares no vinculadas a la legítima defensa en sentido estricto (Carta de Naciones Unidas), o a misiones de paz autorizadas por esta Organización. Véase sobre esas prácticas, respecto de Estados Unidos, J. E. Stromseth, “Understanding Constitutional War Powers Today: Why Methodology Matters”, en *The Yale Law Journal*, vol. 106, nº 3, 1996, p. 845 y ss.; y, respecto de Francia, J. Paucot, “Le pouvoir d’engager les hostilités en France”, en *Pouvoirs*, nº 10, 1979, p. 3 y ss.

procedimiento de activación; y en que los supuestos de uso de la fuerza armada distintos de la declaración de guerra o de la defensa frente a una agresión bélica no se encuentran regulados en los textos constitucionales y, en muchas ocasiones, quedan al margen también de la regulación infraconstitucional sobre la materia⁵¹.

Como es regla en los diferentes textos constitucionales democráticos, los poderes legislativo y ejecutivo y, en su caso, el Jefe del Estado, se encuentran implicados, con uno u otro alcance, en el proceso de declaración y dirección de la guerra. A su vez, en las constituciones normativas de nuestros días es preciso tomar en consideración la función que pueden desempeñar los *jueces* de la constitucionalidad para garantizar que las decisiones sobre la guerra se adecuen a lo establecido en la Norma Fundamental, aunque ésta no prevea expresamente esta intervención garantista.

La regulación contenida en la Constitución española de 1978, y las previsiones de la LODN, no difieren en exceso de lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos en cuanto a las funciones de unos y otros órganos constitucionales. Así, la declaración de guerra corresponde formalmente al Rey, en su condición de Jefe del Estado y como la más alta representación del mismo en las relaciones internacionales⁵², pero es función de las Cortes Generales la preceptiva autorización previa de dicha declaración⁵³. Declaración que, como acto debido del Monarca, deberá contar con el refrendo del Gobierno a través de su Presidente, al cual corresponde también la dirección de la guerra según lo dispuesto en la LODN⁵⁴.

Al margen de los referidos extremos que vienen definidos en la Constitución, hay otros aspectos esenciales que concurren en este tipo de decisión bélica que deben ser solventados por vía interpretativa, a falta de una regulación más detallada de los mismos. Desde este punto de vista, el texto constitucional de 1978 establece con claridad la función *autorizativa* que corresponde a las Cortes Generales, pero puede plantear dudas la capacidad de decisión que es propia del Gobierno en la declaración

⁵¹ En la mayor parte de los casos, este “silencio” constitucional tiene una explicación lógica, ya que en el momento de la aprobación de las constituciones difícilmente se podía prever la generalización de, y la consiguiente implicación de los Estados en, operaciones de policía internacional, de seguridad colectiva, de injerencia humanitaria, de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz. No obstante, esta explicación ya no es de rigor cuando en los ordenamientos de referencia no se sigue ninguna de las posibles alternativas para adecuar las normas a la nueva realidad de los conflictos armados, ya sea a través de desarrollos legislativos, como ha ocurrido en los Estados Unidos con la *War Powers Resolution*; o de modificaciones constitucionales, como se ha propuesto hacer en el Reino Unido en los términos que se referirán después, o como se llevó a efecto en la Constitución alemana con la Ley Constitucional de 24 de junio de 1968, que incorporó un nuevo Título X-a bajo la rúbrica “El Estado de defensa”.

⁵² Véase sobre estas atribuciones, E. Pérez Vera y A. J. Rodríguez Carrión, “Artículo 63: Atribuciones internacionales del Rey”, en O. Alzaga (coord.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo V, Madrid, 1997, p. 261 y ss.

⁵³ El precepto del art. 63.3 CE apenas sufrió variaciones desde su formulación original en el Anteproyecto de Constitución, art. 55.5: “Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y concluir la paz” (*BOCG*, nº 44, de 5 de enero de 1978, p. 678); precepto que sólo fue objeto de una enmienda de calado, la referida con anterioridad a pie de página del Grupo comunista.

⁵⁴ La atribución genérica al Gobierno de dirigir la política exterior y la defensa del Estado (art. 97 CE) se ha concretado legalmente (LODN, Ley del Gobierno 50/1997) a favor de su Presidente, al que corresponde dirigir la política de defensa y la guerra, y ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas. Sobre esta opción del legislador por el principio presidencial frente al colegial en este ámbito de actuación gubernativa, véase A. Gallego Anabitarte y A. Menéndez Rexach, “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, en O. Alzaga (coord.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, Madrid, 1998, p. 124 y ss.

de la guerra, esto es, si está obligado a implicar a las Fuerzas Armadas en operaciones bélicas una vez que han sido autorizadas por las Cortes. Menos problemática parece, por su parte, la titularidad del derecho de iniciativa para solicitar de las Cortes la referida autorización, aunque las normas tampoco disponen nada a este respecto.

Acerca de esta última cuestión, tomando como referencia las previsiones constitucionales e infraconstitucionales sobre la autorización de la ratificación de tratados internacionales y de la declaración de los estados excepcionales del art. 116 CE, así como las atribuciones del Gobierno para dirigir la política exterior y la defensa del Estado, parece lógico que corresponda al Gobierno la iniciativa exclusiva para solicitar la autorización del art. 66.3 CE; como se deduciría también de lo establecido en la Ley Orgánica 6/1980, que atribuye al Gobierno determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, y a su Presidente la dirección de la política de defensa y de la guerra⁵⁵.

Más problemático resulta determinar si las Cortes Generales disponen de la capacidad para introducir modificaciones al acuerdo del Gobierno solicitando la autorización. A falta de regulación sobre la materia por la inexistencia del correspondiente Reglamento de las Cortes Generales, las referidas previsiones sobre la autorización de los tratados internacionales y de la declaración de los estados de excepción, y sobre su tramitación en las Cámaras legislativas⁵⁶, deben tomarse con precaución para deducir una regulación de referencia, dadas las diferencias entre unas y otras decisiones *autorizativas*⁵⁷.

En cuanto a la vinculación del Gobierno a la decisión de autorización adoptada por las Cortes Generales, incluidas las modificaciones al contenido del texto sometido a autorización, la obligación para el ejecutivo de *declarar y hacer la guerra* decidida por

⁵⁵ Arts. 7 y 8 de la referida Ley Orgánica. En Italia, es competencia exclusiva del Gobierno la iniciativa ante el Parlamento para la declaración del estado de guerra (P. Carnevale, “Il ruolo del Parlamento e l’assetto dei rapporti fra Camere e Governo nella gestione dei conflitti armati. Riflessioni alla luce della prassi seguita in occasione delle crisi internazionali del Golfo Persico, Kosovo e Afghanistan”, en *Diritto e Società*, nº 1, 2003, p. 103 y ss.). En Alemania el “Estado de defensa” es declarado por el Parlamento a solicitud exclusiva del Gobierno (art. 115a de la Constitución). No obstante, I. Fernández Sarasola, *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*, Oviedo, 2002, p. 171, considera que el silencio constitucional sobre la cuestión puede interpretarse admitiendo iniciativas distintas de la gubernativa sobre esta autorización.

⁵⁶ Previsiones contenidas en los Reglamentos parlamentarios (Tratados y estados excepcionales) y, respecto de estos últimos, en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁵⁷ Puede tener alguna relevancia la proximidad del estado de sitio con una situación bélica, desde la perspectiva de las medidas a adoptar en el ámbito interno frente a [insurrecciones o] actos de fuerza (agresiones) contra la soberanía e independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional (art. 32 de la L.O. 4/1981). Medidas que se configuran, así, como actuaciones complementarias del uso de la fuerza militar en legítima defensa frente a una agresión exterior (guerra defensiva). Por ello, en los supuestos de mayor implicación bélica de las Fuerzas Armadas, las Cortes Generales podrían disponer de mayor capacidad para modificar el contenido de la propuesta del Gobierno, similar a la que corresponde al Congreso de los Diputados para determinar el ámbito territorial, la duración y las condiciones del estado de sitio.

⁵⁸ En realidad, la estructura de *autorización del Congreso de los Diputados-declaración del estado por el Gobierno* sólo se da en el estado de excepción. En este caso la L.O 4/1981 configura la actuación del Gobierno como una obligación (art. 14: *El Gobierno, obtenida la autorización..., procederá a declarar el estado de excepción...*). Para P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984, p. 79 y 80, el Gobierno tendrá que declarar el estado de sitio sólo si sigue obligado a ello por las circunstancias, si éstas ya no concurren, la obligación sería la de no declarar. Estas consideraciones son admisibles también para la declaración del estado de guerra.

la representación popular parece la solución interpretativa más adecuada, teniendo en cuenta que el Gobierno no puede dejar de ratificar un tratado cuya ratificación ha sido autorizada por las Cámaras, o de declarar el estado de excepción autorizado por el Congreso de los Diputados⁵⁸. No obstante, en otros ordenamientos, ante dicciones similares, se considera que el Gobierno es libre de utilizar o no la autorización concedida⁵⁹.

Por último, es preciso señalar que la autorización de las Cortes Generales se configura constitucionalmente como una decisión previa a la efectiva implicación de las Fuerzas Armadas en hostilidades. Pero ello no es óbice para que, eventualmente, el asentimiento del poder legislativo se produzca después del inicio de la intervención, cuando las circunstancias así lo exijan (el supuesto más evidente, la legítima defensa frente a una agresión). Esta posibilidad se contempla en ordenamientos que, como el español, atribuyen a la representación popular la decisión sobre la autorización de la fuerza en conflictos armados, y no supone, por sí misma, una alteración de la competencia para decidir sobre la cuestión⁶⁰. La acción del Gobierno revestirá carácter provisional hasta la intervención del Parlamento en el momento que sea posible, momento en el que la implicación de los ejércitos en operaciones bélicas será definitiva y plena.

Otra cuestión esencial que debe ser solventada a través de la interpretación de las normas procedimentales sobre la declaración de la guerra es la de la vinculatoriedad de dichas normas para supuestos de uso legítimo de la fuerza en el ámbito internacional distintos de la guerra defensiva, como son las operaciones de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz autorizadas por Naciones Unidas, o las acciones bélicas a las que se sume nuestro país frente a las agresiones sufridas por otro Estado, como consecuencia de la activación de los compromisos de la legítima defensa colectiva que se derivan de los Tratados.

La existencia de esos compromisos no presupone que España haya de sumarse necesariamente a las operaciones armadas o de paz decididas por las organizaciones internacionales en las que se integra; ni que, en consecuencia, esa implicación deba ser decidida directamente por el Gobierno, sin la autorización parlamentaria previa. En este caso no puede eludirse dicha autorización explícita y puntual para cada concreta acción aduciéndose que la representación popular, al autorizar la ratificación del Tratado, habría habilitado al respectivo Gobierno para llevar a cabo todas las actuaciones que se derivan de aquél; afirmándose, en definitiva, la existencia de una

⁵⁹ Como ocurre en Francia con la interpretación seguida por toda la doctrina del art. 35 de la Constitución; cfr. al respecto M-T. Viel, “La répartition des compétences en matière militaire entre le Parlement, le Président de la République et le Premier Ministre”, en *Revue du Droit Public*, nº 1, 1993, p. 152; y A. Berramdane, “La Constitution de 1958 et l’autorisation de déclaration de guerre”, en *Revue du Droit Public*, nº 5, 1995, p. 1225.

⁶⁰ Así ocurre en aquellos ordenamientos en los que el poder legislativo prevalece también en este tipo de decisiones. En Estados Unidos, la *War Powers Resolution* prevé la habilitación al Presidente para decidir implicar a las fuerzas armadas en hostilidades, sin la intervención previa del Congreso, en caso de una emergencia nacional creada por un ataque contra los Estados Unidos, sus territorios y posesiones, o sus fuerzas armadas. (*US Code*, Section 1541). En el caso de Alemania, respecto de la declaración del “Estado de defensa”, la Constitución garantiza al máximo la intervención previa del Parlamento, pero regula también la posibilidad de que dicho estado se considere constatado cuando, ante una agresión armada, el *Bundestag* (o la *Comisión conjunta* de ambas Cámaras) no puedan efectuar esta constatación (art. 115 a, aptdo. 4). En el caso italiano, se admite esta intervención posterior del Parlamento en casos de emergencia (cfr. P. Carnevale, *op. cit.*). También en Francia y en el Reino Unido, donde el Presidente de la República o el Gobierno asumen un papel privilegiado en esta materia, la actuación parlamentaria posterior es habitual, bien a través de la comparecencia para informar o bien, el más eficaz, a través de la aprobación de los gastos de las operaciones armadas.

obligación internacional inexcusable que se ha de cumplir⁶¹. Este planteamiento restrictivo de los poderes del Parlamento en estos supuestos no parece el más adecuado⁶², si tomamos en consideración las organizaciones internacionales de carácter defensivo en las que se integra España y sus correspondientes Tratados⁶³.

Estas organizaciones no se caracterizan por una estructura institucional, y por unos procesos de decisión, que permitan deducir la obligación ineludible del Gobierno de activar el correspondiente acuerdo adoptado en dichas organizaciones, prescindiendo, en el caso de las operaciones bélicas, de la autorización previa de las Cortes Generales para su ejecución. Además, en el caso de la OTAN y de la UEO, los Tratados institutivos fueron incorporados a nuestro ordenamiento con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, conforme al procedimiento del art. 94.1 CE, lo que prueba, en definitiva, la inexistencia de una cesión de competencias a favor de la organización que refuerza, si cabe, la preceptividad de la intervención de autorización de las Cortes⁶⁴.

No obstante, a pesar de que los Tratados no suponen una alteración de las atribuciones constitucionales del Gobierno y del Parlamento para decidir las acciones bélicas, sí que pueden conllevar una reducción de la capacidad de decisión libre que corresponde a las Cortes Generales para implicar a nuestros ejércitos en una operación armada decidida por una organización internacional, en virtud de las obligaciones derivadas de los compromisos adquiridos con otros Estados⁶⁵; a diferencia de lo que ocurre con las acciones de fuerza decididas unilateralmente por las Cortes Generales.

Esa capacidad de decisión será mayor en el caso de Naciones Unidas, ya que con la autorización de su Tratado constitutivo nuestro país ha asumido obligaciones internacionales en términos generales y abstractos que precisan de una actuación de concreción más amplia. Desde este punto de vista, hay que tener en cuenta que las Resoluciones del Consejo no predeterminan los Estados que se incorporarán en su ejecución, ni las modalidades de su contribución a la acción colectiva; ni especifican, habitualmente, las concretas medidas de carácter militar o bélico que han de adoptar los Estados para dar cumplimiento a los mandatos de Naciones Unidas.

⁶¹ Admiten este planteamiento, por ejemplo, respecto del ordenamiento francés, A. Berramdane, *op. cit.*, p. 1234; y, respecto de Italia, G. de Vergottini, *op. cit.* En sentido contrario, afirmando la necesaria intervención del Parlamento en estos supuestos, el Tribunal Constitucional alemán en su jurisprudencia.

⁶² No lo sería aunque estuviésemos ante un Tratado que conllevara una cesión del ejercicio de competencias constitucionales a una organización internacional, ya que, como la propia Constitución dispone, la garantía del cumplimiento de esos tratados ratificados por Ley Orgánica, y de las resoluciones emanadas por los organismos internacionales titulares de la cesión, corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, de acuerdo con sus respectivas atribuciones constitucionales. Sobre el distinto alcance de la integración en organizaciones internacionales o supranacionales a través de la vía del art. 93 CE (Unión Europea), frente a la vía prevista en el art. 94 CE, cfr., por todos, A. López Castillo, *Constitución e integración*; Madrid, 1996.

⁶³ Carta de las Naciones Unidas para la ONU, Tratado del Atlántico Norte para la OTAN y Tratado de Bruselas para la UEO.

⁶⁴ A. Mangas Martín, “Implicaciones de la Adhesión de España a la UEO”, en *Tiempo de Paz*, 11-12, 1988-1989, p. 10 y ss., señala que las previsiones del art. V del Pacto de Bruselas sobre la asistencia mutua militar en legítima defensa colectiva, no alteran las atribuciones constitucionales del Gobierno y del Parlamento para decidir la implicación armada de nuestros ejércitos, con argumentos que son trasladables a las acciones del art. 5 del Tratado OTAN, ya que según se dispone en el art. 11 de dicho Tratado las obligaciones que se derivan del mismo y de las decisiones del Consejo de la Alianza se han de aplicar conforme a los preceptos constitucionales de cada Estado.

⁶⁵ Así acontece también, por similares motivos, con la autorización de los Tratados internacionales, que el Congreso de los Diputados y el Senado sólo pueden modificar de forma restringida (según las previsiones del RCD y del RS).

Por su parte, la decisión sobre la incorporación de nuestro país a una acción colectiva decidida por la OTAN o por la UEO contará, por regla general, con un margen de apreciación libre más estrecho, en razón de la menor generalidad de los compromisos contenidos en el Tratado del Atlántico Norte y en el Tratado de Bruselas, y en las decisiones adoptadas en su seno; y también por el procedimiento decisorio seguido en esas Organizaciones, en el que se implican necesariamente todos los miembros de las mismas. De cualquier forma, la participación de cada Estado en una operación de la OTAN o de la UEO no se agota en un simple acto de ejecución (*implementación*), sino que conlleva una actividad de concreción más amplia⁶⁶.

Además, estas conclusiones se predicán también cuando la OTAN adopta medidas de uso de la fuerza distintas a las definidas expresamente en el Tratado del Atlántico Norte, como ocurre con aquéllas contenidas en el *Nuevo Concepto Estratégico* aprobado por el Consejo de la Alianza en 1999, en el que se establece la posibilidad de que la Organización adopte operaciones de respuesta a situaciones de crisis (*non-Article 5 crisis response operations*), que no tienen como requisito previo un ataque al territorio de uno de los Estados miembros, como dispone el artículo 5 del Tratado para las operaciones de legítima defensa colectiva⁶⁷.

En cuanto a la posibilidad de extender las previsiones del art. 66.3 CE sobre la declaración de guerra a otras modalidades de uso de la fuerza, la primera constatación que se desprende del tratamiento de la *guerra* en las normas internacionales y en las normas internas, es que ni el vocablo *declarar*, ni el vocablo *guerra*, ni la locución *declarar la guerra*, contenidos en dicho artículo de la Constitución y, en términos similares, en otros textos constitucionales⁶⁸, pueden interpretarse de manera literal. Dicha locución puede englobar actuaciones armadas coercitivas, aunque no se denominen *guerra*; del mismo modo que, por otras razones, no podrá incluir operaciones que se correspondan propiamente con el significado literal de dicha locución.

Así, ese vocablo no puede referirse a las guerras de agresión, proscritas por la Carta de Naciones Unidas e ilícitas internacionalmente⁶⁹; de manera que España, como

⁶⁶ Cfr. lo referido en la nota 64.

⁶⁷ *Nuevo Concepto Estratégico* que fue adoptado por el Consejo de la Alianza acto seguido de la ofensiva armada contra Serbia, que le sirvió de precedente; y que puede ser considerado no una simple interpretación sino una modificación del Tratado del Atlántico Norte que hubiera conllevado la preceptiva autorización parlamentaria. En Alemania esta falta de intervención del *Bundestag* fue impugnada ante el Tribunal Constitucional federal, que se pronunció en la Sentencia *BverfGE 104, 151*, de 22 de noviembre de 2001 por la constitucionalidad de este *Nuevo Concepto* como interpretación del Tratado decidida por los Gobiernos de los Estados miembros de la Alianza. Pero, como señalaba algunos años antes, en el contexto de la intervención OTAN en Bosnia y Herzegovina, J. J. Gomes Canotilho, “Nova ordem mundial e ingerência humanitária (claros-escuros de um novo paradigma internacional)”, en *Boletim da Faculdade de Direito*, nº 71, 1995, p. 22 y 23, “Aunque una extensión dinámica [de los conceptos sobre los que se asientan los tratados constitutivos de la OTAN y de la UEO] se reconduzca a una *interpretación auténtica* de los Tratados, cabe preguntarse si las modificaciones alcanzadas a través de la interpretación actualizadora no deban ser *sometidas a la voluntad* también *actualizada* de los representantes del pueblo”.

⁶⁸ Const. Italiana, art 78: *Las Cámaras deciden el estado de guerra y confieren al Gobierno los poderes necesarios*; Const. de los Estados Unidos, Art. I, Secc. 8: *El Congreso dispondrá del poder... para declarar la Guerra*; o Const. francesa, art. 35: *La declaración de guerra es autorizada por el Parlamento*.

⁶⁹ Prohibición que es también norma de Derecho Internacional consuetudinario, como ha afirmado el Tribunal Internacional de Justicia en la Sentencia de 27 de junio de 1986, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos)*, por lo que es obligatoria respecto de todos los Estados y sujetos de la comunidad internacional, con independencia de su pertenencia a Naciones Unidas.

cualquier otro Estado, no puede declarar una guerra de agresión, aunque no la inicie⁷⁰; como tampoco puede hacer una guerra de agresión, medie o no una previa declaración. Por otra parte, las Fuerzas Armadas españolas, como las de los otros Estados miembros de Naciones Unidas, pueden verse implicadas en conflictos donde el uso de las armas es legítimo, que se desarrollan bajo una situación de abiertas hostilidades contra otro(s) ejército(s), y en las que puede hacerse uso de la fuerza en legítima defensa o de manera coercitiva.

Estas situaciones de conflicto armado a las que ya se ha hecho referencia, producen efectos muy semejantes a los de la guerra, como se pone de manifiesto en que el Derecho Internacional de la guerra sea de aplicación en algunos de estos conflictos⁷¹. Asimilación con la guerra que se produce también, en ocasiones, en el ámbito del Derecho interno que regula dicho fenómeno bélico, entendido en sentido material y no únicamente formal y nominalista. En nuestro ordenamiento, como en otros ordenamientos, determinadas normas de rango infraconstitucional despliegan su eficacia en tiempos de guerra, pero no sólo; también en situaciones análogas que no van precedidas de una declaración formal de guerra⁷².

Desde estas consideraciones, la *desuetudo*, la obsolescencia o el anacronismo de la declaración de guerra y de su correspondiente autorización no lo es del procedimiento en sí mismo considerado, sino de la denominación de las acciones militares de carácter bélico en las que pueden verse implicadas las fuerzas armadas y que son reconducibles a dicho procedimiento. Por tanto, la decisión de acometer el uso de la fuerza en conflictos de efectos muy semejantes a los de la guerra, habrá de adoptarse siguiendo los trámites previstos en el ordenamiento para la declaración de guerra. Lo cual no es óbice, sin embargo, para que sea conveniente y recomendable que el legislador adecue las normas a la nueva realidad de los conflictos armados. Sólo así pueden quedar deslindados con mayor claridad (y seguridad jurídica) los supuestos de uso de la fuerza asimilables a la guerra, al efecto de definir el órgano competente para su declaración.

3.2. Las previsiones normativas y la práctica en algunos ordenamientos comparados relevantes

En el Derecho comparado no es posible encontrar un referente generalizado sobre esta cuestión, ya que las prácticas de cada país difieren en razón de múltiples condicionantes, como son las normas que regulan la materia, la forma de gobierno vigente, la política y la posición internacional de cada concreto Estado, o las coyunturas de cada conflicto. Como quiera que sea, en ningún Estado democrático se ha eludido ni puede eludirse una mínima intervención del Parlamento, como representación plural del soberano, cuando se trata de la implicación de las Fuerzas Armadas en operaciones bélicas.

⁷⁰ Actuación contraria a la Carta de las Naciones Unidas, porque podría ser considerada como una amenaza a la paz a la que se refiere el Capítulo VII de la misma.

⁷¹ Cfr. al respecto M-T. Viel, *op. cit.*, p. 158 y ss.; y Y. Chamorro Chopo, *op. cit.*, p. 142. Sobre esta cuestión, es interesante tener presente que el recién creado *Tribunal Penal Internacional* (que ha entrado oficialmente en funcionamiento el 1 de julio de 2002), es competente no sólo para conocer de la responsabilidad personal en el caso de crímenes de guerra (violaciones del *ius in bello*), sino también en el caso de crímenes contra la paz (violaciones del *ius ad bellum*).

⁷² Como ocurre en España, por ejemplo, con el Código Penal Militar, que considera tiempo de guerra no sólo el que comienza con la declaración formal de guerra, sino también el que tiene como comienzo la movilización para una guerra inminente o la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera (art. 14). O también en Italia, donde la decisión de participación en determinadas operaciones bélicas (Kosovo, Afganistán), ha venido acompañada de la aplicación del Código Penal Militar (cfr. en este sentido P. Carnevale, *op. cit.*).

Aún más, la tendencia comparada parece mostrar, con algunas excepciones entre las que cabe situar hasta hace bien poco a nuestro país, que el pronunciamiento favorable del órgano legislativo se considera un aval *autorizativo* esencial, si no desde un punto de vista jurídico, si al menos desde un punto de vista político, para que el Gobierno decida implicar a las Fuerzas Armadas en hostilidades. Esta lógica *parlamentaria*, que puede ser común, por otra parte, a formas de gobierno parlamentarias como a formas de gobierno presidenciales⁷³, se ha concretado de diversas formas.

En el caso de los Estados Unidos, con apoyo en las previsiones constitucionales y en una distinta interpretación de la práctica histórica, la doctrina se divide entre atribuir la competencia para decidir las acciones bélicas casi en exclusiva al Congreso⁷⁴, o admitir una capacidad considerable de decisión autónoma al Presidente para el uso de la fuerza militar en el exterior, aunque sin eludir la implicación del poder legislativo en los conflictos de mayor envergadura⁷⁵. Esta materia se ha regulado por vía legislativa, a través de la controvertida *War Powers Resolution* de 1973⁷⁶.

Esta norma no ha impedido que se hayan producido actuaciones presidenciales de implicación de las Fuerzas Armadas en conflictos bélicos sin mediar la autorización previa del Congreso y sin respetar las previsiones contenidas en la misma⁷⁷, ni ha despejado de forma definitiva las dudas acerca de los poderes del Presidente y del Congreso en los distintos supuestos de acciones armadas; pero, de cualquier forma, ha aportado claridad acerca de una cuestión aún hoy controvertida, que se ha concretado procedimentalmente de distintas formas a lo largo de la historia americana, sin que se hayan consolidado reglas convencionales al respecto⁷⁸. Por otra parte, también es relevante que los Presidentes americanos hayan tendido en las dos últimas décadas, a partir de la Guerra del Golfo, a seguir con mayor frecuencia las previsiones de la *War Powers Resolution* para solicitar la autorización del Congreso antes del inicio de las acciones bélicas de mayor envergadura⁷⁹.

⁷³ Como ocurre teóricamente, desde un punto de vista constitucional, en Estados Unidos o en Francia, donde corresponde al Parlamento declarar, o autorizar la declaración, de la guerra. No obstante, la práctica en ambos países se caracteriza en algunos supuestos de intervenciones armadas por la decisión previa y unilateral del Presidente. Cfr., respecto de los Estados Unidos, J.E. Stromseth, *op. cit.*, p. 886 y ss.; y respecto de Francia, R. Hadas-Lebel, “La V République et la guerre”, en *Pouvoirs*, nº 58, 1991, p. 22 y ss. Para una perspectiva comparada de esta cuestión, véase J. M. Peñarrubía Iza, *Presupuestos militares de la Función militar*, Madrid, 2000, p. 39 y ss.

⁷⁴ Cfr. al respecto, uno de los máximos exponentes de este planteamiento, L. Fisher, *Presidential War Power*, Kansas, 1995, *passim*.

⁷⁵ Cfr. J.E. Stromseth, *op. cit.*, p. 845 y ss.

⁷⁶ (*United States Code*, Título 50, Capítulo 33), aprobada superando el veto del Presidente Nixon.

⁷⁷ Cfr. J.E. Stromseth, *op. cit.*, p. 888 y ss. Desde este punto de vista, la ley no impide que el Presidente de los Estados Unidos implique en un conflicto a las Fuerzas Armadas, como comandante en jefe de las mismas, sin autorización previa del Congreso. Por ello, se considera un elemento clave en la *War Powers* la obligación del Presidente de retirar el despliegue de tropas decidido unilateralmente, si el Congreso no se ha pronunciado en el plazo de sesenta días desde que el Presidente remitió a las Cámaras el preceptivo *Informe* acerca de la acción armada (*Section 1544*).

⁷⁸ Véase J.E. Stromseth, *op. cit.*, p. 865 y ss. Esto explica, además, que los órganos judiciales no se hayan pronunciado aún sobre los poderes bélicos de los órganos constitucionales, como se refiere en la nota siguiente.

⁷⁹ Esta autorización se lleva a efecto a través de una Resolución conjunta aprobada por cada una de las Cámaras del Congreso (*Joint Resolution*), en la que se explicita la *Autorización* [al Presidente] *para el uso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos*. Entre las más relevantes se encuentran las *Joint Resolutions* que autorizaban las operaciones bélicas del Golfo Pérsico, de 12 de enero de 1991 (*Public Law 102-1*); de Afganistán, de 14 de septiembre de 2001 (*PL 107-40*); y de Irak, de 2 de octubre de 2002 (*PL 107-243*). Sin embargo, en la crisis de la ex-Yugoslavia, tanto en Bosnia y Herzegovina como en Kosovo, el Presidente de los Estados Unidos no obtuvo el apoyo del Congreso para esas acciones armadas por la oposición de la mayoría republicana en la Cámara de Representantes, por lo que las operaciones se llevaron a cabo sin la autorización de esa Cámara. Esta actuación presidencial llevó a un grupo de

En Alemania, la extensa regulación constitucional del “estado de defensa” (Título X-a), o de las competencias del *Bundestag* y del Gobierno federal en materia internacional, no ha evitado una amplia jurisprudencia constitucional sobre el papel del poder legislativo y del Gobierno en el ámbito del uso de las Fuerzas Armadas en el exterior, aunque dicha regulación ha servido de referencia esencial para las decisiones del Tribunal Constitucional federal. En las mismas ha quedado determinado que es una exigencia constitucional la aprobación parlamentaria previa del despliegue de las tropas alemanas en el exterior⁸⁰, aunque esta preeminencia del Parlamento no proscribiera un cierto margen de autonomía para el Gobierno en determinadas actuaciones⁸¹.

En concreto, el Tribunal alemán ha definido con claridad que toda implicación de las Fuerzas Armadas de este país en operaciones de mantenimiento de la paz deben ser autorizadas previamente por el Pleno del *Bundestag* (*BverfGE* 90, 286), incluidas las operaciones de defensa colectiva o de respuesta a situaciones de crisis decididas en el marco de la OTAN (*BverfGE* 104, 151), y así ha ocurrido en la práctica⁸². No obstante, el Gobierno puede decidir sin previa autorización las operaciones de rutina de los ejércitos, siempre que no conlleven la implicación en un conflicto armado, aunque no se trate formalmente de una guerra declarada (*2 BvQ 18/03*)⁸³.

En Italia, la existencia de una forma de gobierno parlamentaria y las previsiones constitucionales sobre la guerra que apuntan a la preeminencia del poder legislativo⁸⁴, no se ha reflejado en la utilización de modos de decisión sobre la intervención en conflictos bélicos en los que haya prevalecido el Parlamento, ni ha impedido que el protagonismo del Gobierno haya sido amplio en esta materia⁸⁵. En ningún supuesto de

miembros de la Cámara de Representantes a solicitar de los tribunales una decisión en la que se requiriese al Presidente la obtención de la autorización del Congreso antes de continuar la guerra aérea contra Serbia, o de adoptar cualquier otra acción contra Yugoslavia (*Civil Action* n° 99-1072, decidida en primera instancia y en apelación por lo tribunales del distrito de Columbia, donde se resuelve el rechazo de la demanda y la no justiciabilidad de la cuestión).

⁸⁰ Sentencia *BverfGE* 90, 286, de 12 de julio de 1994, en la que el Tribunal Constitucional alemán resolvía un conflicto entre órganos planteado por la fracción parlamentaria del SPD, contra la decisión del *Bundestag* autorizando el empleo de las fuerzas aéreas alemanas en las operaciones de la OTAN, encomendadas por el Consejo de Seguridad para verificar la prohibición de sobrevolar Bosnia-Herzegovina. Cfr. también la Sentencia *BverfGE* 100, 266, de 25 de marzo de 1999, en la que se impugna la decisión del *Bundestag* para autorizar la implicación militar alemana en los ataques aéreos de la OTAN contra Serbia.

⁸¹ Decisiones del Tribunal Constitucional *BverfGE* 104, 151, a la que ya se ha hecho referencia, y *2 BvQ 18/03*, de 25 de marzo de 2003, sobre la que se vuelve a continuación.

⁸² Como por ejemplo, recientemente, en la votación de 16 de noviembre de 2001, en la que el Gobierno federal sometió a la ratificación del *Bundestag* el envío de tropas a Afganistán, vinculándola a una cuestión de confianza por las divisiones existentes en la mayoría de gobierno (oposición de los verdes).

⁸³ Esta cuestión ha surgido tras la participación de las Fuerzas Armadas alemanas en acciones de la OTAN en Turquía (frontera con Irak), durante la acción de guerra de Estados Unidos y el Reino Unido contra este segundo país; operación en la que se integraron, entre otros, también contingentes armados españoles. En este supuesto, si se tratara de meras operaciones de rutina (maniobras militares de la Alianza) en el territorio de un Estado miembro de la OTAN, las mismas podrían ser decididas por el Gobierno, como consecuencia de las responsabilidades que se derivan de este tipo de decisiones de la Alianza para el titular de la dirección de la política exterior y de la defensa. Pero, si podían conllevar la implicación en hostilidades, en atención al escenario bélico en que se llevaron a cabo, la aprobación del Parlamento hubiera sido necesaria. El Tribunal Constitucional alemán no se ha pronunciado aún sobre el fondo de esta cuestión pero, ante la solicitud de adopción de un *auto provisional* de suspensión de la decisión unilateral del Gobierno federal de implicar a las tropas alemanas en esas operaciones, ha desestimado dicha solicitud alegando las razones que se han reproducido sucintamente.

⁸⁴ Cfr. G. Ferrari, “Guerra (stato di)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX, Milán, 1970, p. 816 y ss.

⁸⁵ Cfr. G. De Vergottini, *op. cit.*, p. 21 y ss., que justifica esta posición de preeminencia gubernativa en

acciones armadas en las que ha participado este país se ha seguido la vía de la declaración de guerra previa la autorización parlamentaria, a pesar de los planteamientos políticos y doctrinales que han apuntado en esta dirección⁸⁶; de modo que el consenso legislativo a las iniciativas del uso de la fuerza planteadas por el Gobierno se ha logrado a través de otro tipo de actuaciones de las Cámaras legislativas.

Por una parte, a través de la aprobación de mociones y de resoluciones de impulso político, previa comparecencia informativa del Gobierno. Por otro lado, a través de la conversión, y del consiguiente control, de los Decretos Leyes emanados por el Consejo de Ministros para autorizar las correspondientes partidas presupuestarias de financiación de las operaciones militares, ya que en dichas normas también se define el contingente de medios humanos y materiales incorporado a la operación, así como las acciones a desarrollar por las Fuerzas Armadas.

No obstante, para la doctrina que considera necesario, desde un punto de vista constitucional o legal⁸⁷, una mayor intervención del Parlamento para decidir la aprobación del uso de la fuerza militar, ambas vías resultarían insuficientes. En el caso de las resoluciones, porque éstas son demasiado genéricas en cuanto que se limitan a autorizar al Gobierno para que adopte las iniciativas oportunas para resolver la crisis, pero sin concretar las decisiones particulares al respecto. En el caso de la conversión de los Decretos Leyes, porque se trata de una actuación *a posteriori*, una vez que el Gobierno ya ha decidido y actuado la intervención de las Fuerzas Armadas. De cualquier forma, en la práctica seguida en el Parlamento italiano al menos se han producido votaciones sobre cada una de las intervenciones militares decididas por el Gobierno, con la consiguiente aprobación expresa de las mismas, con efectos políticos (resoluciones) o jurídicos (conversión de decretos-leyes)⁸⁸.

Una mención aparte merecen las particularidades del Reino Unido y de Francia, derivadas en buena medida de sus complejas formas de gobierno. En cuanto al primero, en el derecho constitucional consuetudinario de este país no existen dudas acerca de la competencia del Gobierno para implicar a las Fuerzas Armadas de la Corona en conflictos bélicos (incluida la declaración de guerra) como un *prerogative power* que el Primer Ministro ejerce en nombre del monarca⁸⁹. Por esta razón, la

atención a los nuevos caracteres de los conflictos armados internacionales.

⁸⁶ Este planteamiento asomó con vigor durante la Guerra del Golfo; véase, al respecto, el completo análisis de V. Lippolis, “La crisi del Golfo Persico in Parlamento: Le problematiche della guerra e le missioni all’estero”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 1991, p. 1709 y ss.

⁸⁷ Desde el punto de vista constitucional, como consecuencia de las previsiones del art. 78. Desde el punto de vista legal, como consecuencia de la interpretación que dan algunos autores al art. 1 de la Ley 25 de 1997 sobre atribuciones del Ministro de Defensa, en el que se dispone que dicho Ministro “...actúa las decisiones en materia de defensa y seguridad adoptadas por el Gobierno, sometidas al examen del Consejo Supremo de la Defensa y aprobadas por el Parlamento”; y a la Resolución nº 7-1007, de 16 de enero de 2001, de la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados, en la que se establece que: “1.- Las decisiones de carácter general en materia de seguridad y defensa, incluidas las relativas a los criterios generales de empleo de las fuerzas armadas en el exterior, se adoptan respetando el procedimiento previsto en el art. 1, párrafo primero, letra a) de la ley nº 25 de 1997”.

⁸⁸ Cfr. al respecto, R. Dickmann, “L’approvazione parlamentare dell’impiego dello strumento militare. L’esperienze delle operazioni internazionali di pace”, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, 2001, p. 21 y ss.

⁸⁹ R. Brazier, *Ministers of the Crown*, Oxford, 1997, p. 208; E.C.S., Wade, A. W., Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, (10ª ed.), Londres, 1990, p. 249. En el derecho constitucional británico aún es de aplicación la tradicional definición de A.V. Dicey acerca de la *prerogativa* como “La porción residual de la autoridad originaria de la Corona, y es por tanto el nombre dado al remanente de poder discrecional dejado en cualquier situación en manos de la Corona, al margen de que ese poder sea ejercido en la práctica por el propio Rey o por sus Ministros” [*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*,

declaración de guerra o la implicación del ejército en operaciones bélicas ha sido decidida en el Reino Unido tradicionalmente por el Gobierno; históricamente no se ha producido una solicitud previa al Parlamento para que autorizase este tipo de operaciones, aunque éste puede realizar numerosos controles *ex post facto*, el fundamental a través de la autorización presupuestaria de las acciones bélicas.

Pero la intervención militar en Irak y la previa solicitud por parte del Gobierno del debate y votación de dos Resoluciones para avalar la decisión del Gobierno⁹⁰, es considerado en este país un punto de inflexión trascendental que puede conducir, indefectiblemente, a una regulación legal o a una convención que exija la autorización del Parlamento de las acciones bélicas británicas en el exterior, como se recoge en el *Informe* elaborado por el *Select Committee on Public Administration* de la Cámara de los Comunes sobre los *executive powers*⁹¹. En este sentido, el Partido Laborista ha sido partidario en las últimas décadas de regular legalmente estos *poderes* de los que disponen los ministros de la Corona, por lo que la propuesta (*Bill*) que se contiene en el *Informe* referido, y con el que se regularía, entre otros extremos, el procedimiento de decisión de la implicación de los ejércitos de este país en conflictos armados, parece anunciar una variación sustancial sobre los procedimientos de declaración de la guerra en este país⁹².

En Francia, la intervención subsidiaria del Parlamento se deriva, en buena medida, del papel que ha asumido *de hecho* el Presidente de la República en la decisión y en la implicación de las fuerzas armadas en operaciones bélicas⁹³, y que ha venido confirmándose por todos los titulares de esta institución desde la entrada en vigor de la Constitución de 1958. Buena parte de la doctrina avala esta preeminencia del Presidente en el ámbito militar⁹⁴; aunque hay quien reivindica la competencia en esta materia del Gobierno y del Parlamento que lo sustenta, considerando que esta sustitución presidencial en las atribuciones que son propias del Parlamento y del Gobierno constituiría, más bien, una suplantación inconstitucional⁹⁵.

Londres, 1887 (10ª ed., 1959), p. 424].

⁹⁰ Se trata de las votaciones de 26 de febrero y de 18 de marzo de 2003. En la segunda se aprobó una Moción en la que la Cámara de los Comunes "... considera que el Reino Unido debe sostener la autoridad de las Naciones Unidas como se dispone en la Resolución 1441 [...] y apoya por tanto la decisión del Gobierno de su Majestad de que el Reino Unido debe servirse de todas las medidas necesarias para asegurar el desarme de las armas de destrucción masiva de Irak". Estas polémicas votaciones sobre la intervención armada contra Irak conllevaron divisiones en el seno de la mayoría laborista en el Parlamento, pero el Gobierno consiguió el apoyo a sus propuestas.

⁹¹ Se trata del *Fourth Report* de dicho Comité, de 4 de marzo de 2004.

⁹² En el *Ministers of the Crown (Executive Powers) Bill* propuesto en ese *Informe*, se establece que: "Art. 5: (2) Las fuerzas armadas de su Majestad tomarán parte en conflictos armados sólo si la participación es aprobada por resolución de cada Cámara del Parlamento". "Art. 6: No podrá realizarse una declaración de guerra en nombre del Reino Unido a menos que esa declaración haya sido aprobada por resolución de cada Cámara del Parlamento".

⁹³ Esa preeminencia se deriva también de la normativa de origen presidencial (*Decretos* del Presidente de la República) que le han convertido, en la práctica, en el dueño de su propia competencia en materia militar, delimitando, por ejemplo, su atribución exclusiva en el ámbito de las armas nucleares (*Décret* nº 96-520, de 12 de junio de 1996, *portant détermination des responsabilités concernant les forces nucléaires*, que deroga otro *Décret* anterior de 1964). Cfr. sobre el contenido de estos decretos, J.P. Camby, "Un nouveau décret sur l'engagement des forces nucléaires", en *Revue du Droit Public*, nº 5, 1996, p. 1237 y ss.

⁹⁴ Cfr., por ejemplo, R. Hadas-Label, *op. cit.*, p. 5 y ss.; S. Cohen, "Le Président chef des armées", en *Pouvoirs*, nº 58, 1991, p. 33 y ss.; A. Berramdane, *op. cit.*, p. 1221 y ss.

⁹⁵ Así lo considera, en relación con los referidos Decretos presidenciales, cfr. M.T. Viel, *op. cit.*, p. 163 y ss.

No obstante, la doctrina coincide mínimamente en admitir la intervención previa del Parlamento, como aval político o jurídico esencial, cuando se trata de decidir la implicación militar en acciones de *policía internacional* asimilables a un conflicto armado de carácter bélico, cuando el alcance de la operación no viene claramente determinado por la decisión de la correspondiente organización internacional⁹⁶. De cualquier forma, no puede obviarse que esta preeminencia, en ese tipo de decisiones, de una de las partes del ejecutivo dual que caracteriza a la Constitución de la V República, es consecuencia de la peculiar forma de gobierno (*semipresidencial*) vigente en ese país.

3.3. La práctica seguida en España en las operaciones militares más controvertidas

Si tomamos en consideración la práctica procedimental seguida para implicar a nuestros ejércitos en las diferentes operaciones internacionales en las que era legítimo (y necesario) el uso de la fuerza, es fácil comprobar que las Cortes Generales han desarrollado una función bastante secundaria en la adopción de este tipo de decisiones, en muy pocos casos asimilable a la que les corresponde para la declaración de la guerra *ex art. 66.3 CE*⁹⁷. En los supuestos más conflictivos a los que nos venimos refiriendo en este trabajo, la intervención parlamentaria principal se ha llevado a efecto a través de comparecencias del Gobierno, aunque con alguna diferencia relevante entre los distintos casos, como se verá a continuación.

En cuanto a la Guerra del Golfo, el Congreso de los Diputados tuvo ocasión de pronunciarse expresamente sobre las decisiones militares adoptadas por el Gobierno, cuando se inició la acción bélica contra Irak amparada en la Resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad. Iniciado el uso de la fuerza con este fin, el Gobierno presentó una Comunicación ante el Congreso de los Diputados para su debate, que dio lugar a la aprobación parlamentaria de una Resolución avalando la decisión gubernativa⁹⁸.

En la crisis de Kosovo, la intervención parlamentaria fue sustancialmente menor y más controvertida –jurídicamente– y ha de considerarse la actuación del Gobierno. En primer lugar, porque el Congreso de los Diputados debatió sobre la decisión militar del Gobierno después de que éste hubiera aportado fuerzas nacionales a las operaciones

⁹⁶ En la práctica, la intervención parlamentaria más intensa se dio en la Guerra del Golfo, cuando el Gobierno presentó al voto de ambas Cámaras una Declaración de política general sobre su decisión de intervenir en el conflicto armado, comprometiendo su responsabilidad ante la Asamblea Nacional; aunque en su mensaje al Parlamento el Presidente de la República afirmaba que él era el que ordenaba el empleo de los medios militares, después de haber oído al Gobierno (cfr. R. Hadas-Lebel, *op. cit.*, p. 15 y ss.; A. Berramdane, *op. cit.*, p. 1238 y ss.). La fórmula empleada por el Gobierno francés ante las Cámaras para informar de la participación en los bombardeos de Kosovo, muestra bien a las claras quién es el titular de estas decisiones en el sistema político de este país, aún en épocas de cohabitación: “Por decisión del Presidente de la República y de acuerdo con el Gobierno, Francia participa [en las operaciones militares en la República de Yugoslavia] al lado de sus aliados”.

⁹⁷ Aún más, en la Resolución aprobada por el Congreso de los Diputados en 1995 que se ocupa de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, la Cámara legislativa asume que la autorización de las misiones de nuestras Fuerzas Armadas en el marco de dichas operaciones es decidida por el Gobierno, cuando afirma que “Autorizada por el Gobierno la participación de España en una operación de paz, el Parlamento debe recibir información documentada de la decisión...” [Resolución de 24 de octubre de 1995, *cit.*, cuando se refiere al papel del Parlamento en estas misiones (p. 16)].

⁹⁸ La operación bélica se había iniciado el 15 de enero de 1991, y el debate se produjo en el Congreso de los Diputados el 18 de enero. La Comunicación del Gobierno, realizada al amparo del art. 97 RCD, dio lugar a la presentación de cinco propuestas de Resolución por los diferentes Grupos de la Cámara y a la aprobación de aquella firmada por los grupos Socialista, Popular, CiU, CDS y PNV (*BOCG, Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Serie E, nº 122, p. 3 y ss.), en la que se respaldaban “Las actuaciones de apoyo a las Fuerzas Multinacionales que el Gobierno viene realizando” y “las medidas adoptadas por el Gobierno en el marco de las directivas aprobadas por la UEO”, en cumplimiento y aplicación de la Resolución 678 de Naciones Unidas.

de la OTAN, y de que hubiesen comenzado los primeros bombardeos aéreos por parte de las fuerzas aliadas⁹⁹. En segundo lugar, porque la intervención parlamentaria se limitó a tomar conocimiento y debatir sobre la comparecencia del Gobierno ante el Pleno para informar, sin que la Cámara adoptase mediante votación ninguna Resolución al respecto¹⁰⁰.

En el caso de Afganistán, era evidente el carácter coercitivo y de conflicto armado de las acciones que se iban a emprender, como lo demuestra la apelación de los Estados implicados al uso de la fuerza en legítima defensa prevista en la Carta, así como a la correspondiente Resolución del Consejo de Seguridad autorizando dicho uso. Por lo demás, ésta fue la posición que adoptó el Presidente del Gobierno en su comparecencia, previa al inicio de las acciones bélicas, ante el Pleno del Congreso¹⁰¹. Por esta razón, aunque nuestro país no se implicara formalmente en la ofensiva bélica inicial contra Afganistán, las características de este conflicto suponían una buena oportunidad para que el Gobierno hubiera solicitado previamente el respaldo del Parlamento para intervenir en este conflicto armado, toda vez que el Gobierno de la Nación, al igual que los del resto de socios europeos, se había comprometido al envío directo de fuerzas militares si Estados Unidos lo consideraba necesario¹⁰².

Por último, en la reciente acción bélica contra Irak, tampoco se contó con una previa autorización de las Cortes Generales de la decisión de intervención acordada por el Gobierno, ni se respetó una mínima intervención de colaboración o codecisión del Congreso de los Diputados, que parecía necesaria por más que la implicación española en las hostilidades abiertas se definiera como una *participación de las fuerzas armadas para apoyo humanitario en la crisis de Irak*¹⁰³. Dicha intervención parlamentaria no puede derivar de la comparecencia del Presidente del Gobierno, a petición propia, para informar sobre la posición del Gobierno en la crisis, que no dio lugar a resolución alguna de autorización por parte de la Cámara¹⁰⁴. Y tampoco, lógicamente, del voto contrario de la mayoría del Congreso de los Diputados a la moción apoyada por todos los grupos de la oposición rechazando la implicación

⁹⁹ Véase acerca de la intervención parlamentaria en este conflicto, L. Cotino Hueso, *op. cit.*, p. 268 y ss.

¹⁰⁰ La acción bélica se inició el 24 de marzo de 1999, y la Comparecencia del Gobierno ante el Congreso de los Diputados se celebró el 30 de marzo (en virtud del art. 203 RCD); además, la información del Gobierno no se refería exclusivamente al conflicto en Kosovo sino, más en general, a la reunión del Consejo Europeo de Berlín del 24 y 25 de marzo (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, nº 226, 1999, p. 12017 y ss.). Esta práctica de nuestro Gobierno contrasta con la que siguieron otros Gobiernos aliados, con informaciones previas y acto seguido del inicio de la acción bélica (Reino Unido, Francia y Alemania).

¹⁰¹ La comparecencia del Presidente del Gobierno en este supuesto se hizo también con arreglo al art. 203 RCD, para explicar la participación del Estado español en las operaciones militares, sin que se produjera una toma de posición expresa del Congreso de los Diputados mediante votación (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 112, 2001, p. 5424 y ss.).

¹⁰² Como explicitó el propio Presidente del Gobierno en su comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, *cit.*, p. 5427).

¹⁰³ Así se denominó a la implicación de las fuerzas españolas en el conflicto, en el *Acuerdo del Consejo de Ministros* de 21 de marzo de 2003 con el que se decide dicha intervención.

¹⁰⁴ Comparecencia que se realizó al amparo del art. 203 RCD, para informar sobre la situación internacional en relación con Irak y la posición del Gobierno de la Nación (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 227, 2003, p. 12055 y ss.).

española en el conflicto¹⁰⁵, ya que la autorización no se puede configurar como un *acto presunto* derivado de otro tipo de decisiones de la Cámara.

En cuanto a las operaciones de mantenimiento de la paz que han ido asociadas con posterioridad a estas acciones armadas (Kosovo, Afganistán e Irak), y en las otras en las que han participado nuestras Fuerzas Armadas, tampoco han sido autorizadas o ratificadas por el Parlamento, ni por el procedimiento del art. 66.3 CE, ni por otro que sirviera para fijar la posición de las Cámaras. No obstante, tras las elecciones de 14 de marzo de 2004, el nuevo Gobierno ha iniciado la práctica de someter esta decisión acordada en Consejo de Ministros a la ratificación posterior del Congreso de los Diputados, a la espera de una regulación legal sobre la materia¹⁰⁶.

Desde estas consideraciones, si bien es cierto que las diversas implicaciones de nuestras Fuerzas Armadas en operaciones de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz no son parangonables en todos sus términos a una participación directa en una situación de abiertas hostilidades (*guerra*), no lo es menos que el art. 66.3 CE, y la forma de gobierno de monarquía parlamentaria prevista en la Constitución¹⁰⁷, delimitan una pauta respecto de esa implicación de nuestro ejército en acciones internacionales con uso de la fuerza. Pauta que, a falta de un desarrollo legislativo sobre ese tipo de operaciones, habría exigido en los casos expuestos una intervención parlamentaria (no necesariamente con la solemnidad y complejidad de una reunión conjunta de las Cortes Generales), para que quedase fijada la posición de respaldo del órgano legislativo a la actuación del Gobierno (no necesariamente con el alcance de una decisión de autorización previa). Algo similar, en fin, a lo ocurrido con la intervención española en la Guerra del Golfo, o con la práctica apenas comenzada en esta Legislatura sobre las operaciones de mantenimiento de la paz.

4. Conclusiones

Después de lo que se ha venido exponiendo a lo largo de este trabajo, es indudable que la iniciativa avanzada por el Presidente del Gobierno en el Congreso de los Diputados acerca de una próxima regulación de las intervenciones de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior debe ser valorada positivamente¹⁰⁸. Y también que se pretenda acometer a través de una modificación de la Ley Orgánica 6/1980 que

¹⁰⁵ Se trata de la Moción consecuencia de interpelación urgente, sobre la posición del Gobierno en la crisis de Irak, que obtuvo 149 votos a favor y 169 en contra (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, n° 233, 2003, p. 11924 y ss.*).

¹⁰⁶ Así se ha hecho respecto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2004 sobre la participación en operaciones de mantenimiento de la paz en Afganistán y en Haití, ratificado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de julio de 2004, en la sesión plenaria sobre “Comunicación del Gobierno para el debate sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2004, sobre participación en del contingente militar español en operaciones internacionales” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, n° 23, 6 de julio de 2004*).

¹⁰⁷ Junto con otros preceptos reconducibles a esa forma de gobierno relacionados con esta cuestión, como los de los arts. 93 a 97 o 116 CE.

¹⁰⁸ En la comparecencia del Presidente del Gobierno ante el Pleno de la Cámara, de conformidad con lo dispuesto en el art. 203 RCD, “Para informar de las razones y el alcance de su decisión de adoptar las medidas necesarias para el regreso a España de las tropas españolas destinadas en Irak (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, n° 4, 2004*); posición reiterada en la comparecencia de 6 de julio de 2004 ya referida que, como se ha dicho, contiene otro elemento positivo, la solicitud de ratificación parlamentaria de la decisión del Gobierno sobre la participación de nuestras Fuerzas Armadas en operaciones de mantenimiento de la paz, hasta que no se lleve a cabo la modificación legislativa de la LODN. En esta comparecencia el Presidente del Gobierno afirmaba su deseo de que “...tras el debate, y así lo pido a la Cámara, ésta ratifique en una votación que, pese a no ser vinculante jurídicamente, este Gobierno asumirá como plenamente vinculante desde un punto de vista político”.

regula los criterios básicos de la Defensa Nacional y de la organización militar, a la que se refiere el art. 8.2 CE. Según lo que se ha defendido en páginas precedentes, el legislador debería tomar en consideración en esa futura reforma legislativa, con toda probabilidad, algunos aspectos como los siguientes.

Las Cortes Generales pueden optar por definir en la Ley los supuestos en que las Fuerzas Armadas podrán intervenir en acciones en el exterior. Ningún problema plantean las operaciones de carácter civil que no lleven aparejado el uso de la fuerza. En cuanto a las que se caractericen por esta última nota del uso de la fuerza, el legislador podría especificar que sólo tienen cabida en legítima defensa, individual o colectiva, frente a un ataque armado previo, o en el marco de una operación de mantenimiento o imposición de la paz decidida por Naciones Unidas.

Como se ha dicho, esos son los (únicos) supuestos que acepta la doctrina mayoritaria como legítimo uso de la fuerza desde el punto de vista del Derecho Internacional, pero podría pensarse que la explicitación legal de los mismos crearía un marco rígido de actuación para los órganos constitucionales competentes (Gobierno y Cortes Generales), que les impediría decidir en aquellos casos dudosos donde el uso de la fuerza parece justificado pero donde no es posible, al mismo tiempo, conseguir la pertinente autorización de Naciones Unidas. El ejemplo fehaciente de una situación extrema de este tipo lo encontramos en la crisis de Kosovo y en los ataques contra Serbia, decididos además por una organización regional (la OTAN), con el consiguiente compromiso para España como miembro de la Alianza. Además, los problemas que plantea la adopción de decisiones en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con las posibilidades de veto ya conocidas, avalarían que la Ley no contuviera este requisito previo del mandato de Naciones Unidas, evitándose así que la decisión interna de nuestro país pudiera quedar supeditada a la toma de posición internacional de otros Estados.

En favor de esa explicitación legal podría aducirse, en primer término, que la práctica de Naciones Unidas ha abierto otra vía para lograr una Resolución que autorice el uso de la fuerza, a través de una decisión de la Asamblea¹⁰⁹. Y, en segundo lugar, que con esa previsión legal España manifestaría su plena aceptación de los planteamientos que postulan la sujeción de cualquier uso legítimo de la fuerza en el ámbito internacional a Naciones Unidas¹¹⁰.

En cuanto al procedimiento para decidir las intervenciones militares en el exterior, la Ley debería tener en cuenta el grado de implicación armada que conlleva cada tipo de operación, si está autorizado el uso de la fuerza y éste se considera necesario por las circunstancias y condiciones del conflicto, y si se puede utilizar la fuerza armada sólo en legítima defensa o también de manera coercitiva. Desde este punto de vista, como ya se indicó, no es problemático que las acciones estrictamente humanitarias y las de consolidación de la paz sean decididas por el Gobierno sin autorización parlamentaria previa, aunque parece conveniente que la Ley prevea procedimientos y mecanismos para que el Gobierno dé cuenta e informe de su decisión¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. lo referido en la nota 12.

¹¹⁰ Por tanto, sería una exigencia similar a la que ha deducido en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional alemán. En el ordenamiento comparado la *War Powers Resolution* del Congreso de los Estados Unidos no establece este tipo de requisito; y tampoco la propuesta (*Bill*) avanzada en la Cámara de los Comunes del Reino Unido. Además, como se ha dicho, la práctica en estos países (y en Francia) se ha concretado en la participación en acciones bélicas no amparadas en Resoluciones de Naciones Unidas; pero, evidentemente, la posición internacional y la dimensión militar española en el concierto mundial puede ser asimilable a la alemana, pero no a la de Estados Unidos, el Reino Unido o Francia.

¹¹¹ Como se dispone, por ejemplo, para el estado de alarma, en el art. 116.1 CE y en el art. 8 de la Ley Orgánica 4/1981.

Sin embargo, en el caso de que la operación pueda conllevar el uso de la fuerza, parece adecuado que la actuación parlamentaria sea preceptiva, con una intensidad u otra dependiendo del supuesto concreto, para autorizar previamente o avalar a *posteriori* la iniciativa del Gobierno. Cuando la actuación de nuestras Fuerzas Armadas pueda definirse o equipararse materialmente a una acción de guerra, la reforma legal debería prever la intervención *autorizativa* previa de las Cortes Generales, por exigencia directa del art. 66.3 CE.

La fórmula para establecer las condiciones que determinan la existencia de un conflicto de ese tipo son variadas. Así, la *War Powers Resolution* se refiere a la “introducción de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en hostilidades, o en situaciones donde la implicación inmediata en hostilidades viene claramente indicada por las circunstancias”. En la propuesta (*Bill*) avanzada por el *Select Committee on Public Administration* de la Cámara de los Comunes se distingue entre “conflictos armados”, que significa “cualquier uso de la fuerza que conduzca, o pueda conducir, a una situación de conflicto armado para la que sea de aplicación la Convención de Ginebra de 1949 o sus Protocolos adicionales de 1977”, y “declaración de guerra”, aunque la propuesta prescribe la aprobación parlamentaria previa para ambos supuestos.

Al mismo tiempo, la Ley no puede dejar de considerar la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, no se pueda contar con el pronunciamiento previo de las Cortes Generales antes de que se inicie una acción bélica, el caso más evidente la premura por activar la legítima defensa en caso de una agresión. Por tanto, el Gobierno debería disponer de la competencia para actuar directamente en situaciones de emergencia, con la obligación de solicitar la autorización parlamentaria en el plazo más breve posible¹¹².

Por otra parte, no parece que el legislador pueda optar en estos casos por atribuir la decisión de autorización al Congreso de los Diputados, en detrimento de las Cortes Generales. Ciertamente, una previsión de este tipo haría más operativa la intervención parlamentaria, pero la decisión del *Constituyente* apunta con claridad a que, en los supuestos especialmente graves de uso de la fuerza, hayan de decidir conjuntamente los Diputados y Senadores miembros de las Cortes Generales. Solución que es habitual, con una u otra formulación, en aquellos ordenamientos dotados de un Parlamento bicameral, con independencia de la naturaleza de la segunda Cámara¹¹³.

No obstante, la atribución decisoria al Congreso de los Diputados sí que parece constitucional y adecuada cuando no se trata ya de operaciones bélicas de carácter coercitivo y de abiertas hostilidades, sino de acciones armadas que no alcanzan tanta intensidad, como las que se llevan a cabo, propiamente, en las operaciones de mantenimiento de la paz decididas por Naciones Unidas. En este caso nuestras Fuerzas Armadas cumplen con misiones que tienen por objeto garantizar la paz y la seguridad en circunstancias donde el uso de la fuerza tiene cabida fundamentalmente en legítima defensa; por esta razón, parece suficiente garantía que sea el Congreso de

¹¹² Posibilidad de actuación que cabe extender al Gobierno en funciones, según lo previsto en el art. 21.3 de la Ley 50/1997, y que deberá ser ratificada por las nuevas Cortes Generales salidas de las elecciones en el caso de que la *interinidad* gubernativa se derive de la disolución de las Cámaras, puesto que esta atribución parlamentaria no parece que pueda ser ejercida por las Diputaciones Permanentes en virtud de lo dispuesto en el art. 78.2 CE.

¹¹³ Así ocurre en los Estados Unidos (*joint resolutions*); en el Reino Unido (tanto en la práctica política como en el *Bill* al que nos venimos refiriendo); en Alemania (en la declaración del “Estado de defensa”); en Italia o en Francia (según las previsiones constitucionales sobre el “estado de guerra” y la práctica política a la que se ha hecho referencia).

los Diputados el que autorice este tipo de operaciones, más si tomamos en consideración que no es ajeno al texto constitucional que corresponda a esta Cámara la decisión de implicar a las Fuerzas Armadas en el ejercicio de las funciones que le atribuye el art. 8.1 de la Norma Fundamental¹¹⁴.

Otro aspecto esencial que no puede ser dejado al margen por el legislador es la participación del Jefe del Estado en las distintas fases del proceso de decisión de la participación de las Fuerzas Armadas en acciones exteriores, y que es consecuencia necesaria de distintas previsiones constitucionales. En primer lugar, ha de corresponder al Rey la atribución formal de decretar las misiones de las Fuerzas Armadas decididas materialmente por el Parlamento. Así se desprende de la Constitución cuando se trata de declaraciones de guerra o de acciones asimilables a la misma; y debería ser así también para las misiones de mantenimiento de la paz bajo mandato de Naciones Unidas, por su dimensión internacional¹¹⁵.

Participación del Jefe del Estado que, habida cuenta de que ostenta el Mando Supremo de las Fuerzas Armadas, no puede limitarse a esta actuación *formal* de expedición de Decretos o de *declaración* de la guerra. En efecto, es esencial que, sin menoscabo de la competencia plena de las Cortes Generales y del Gobierno en la decisión y en la dirección de las actuaciones de las Fuerzas Armadas, el Monarca esté informado y conozca de las circunstancias que han dado lugar y que se producen en las distintas operaciones militares desarrolladas por nuestros ejércitos.

Para ello, la *Junta de Defensa Nacional* en la que se integran el Presidente y otros miembros del Gobierno, los distintos Jefes de los Estados Mayores y el Jefe del Estado, como órgano consultivo y asesor de este último y del Gobierno¹¹⁶, permite institucionalizar de forma adecuada esa participación del Monarca¹¹⁷. Por esta razón, parecería conveniente que la Ley prescribiera la consulta obligatoria a la *Junta de Defensa Nacional* por parte del Gobierno antes de proponer al Parlamento la autorización de las operaciones militares en el exterior, salvo que las circunstancias y la urgencia lo impidan.

Para concluir, una última consideración acerca del control jurisdiccional sobre las decisiones de implicar a nuestros ejércitos en las acciones armadas exteriores a las que nos venimos refiriendo. Tratándose de un asunto que reviste los caracteres de una cuestión de Estado dotada de complejas implicaciones políticas, es fácil explicar porqué los órganos jurisdiccionales actúan con especial cautela cuando se les plantea conocer de este tipo de actuaciones estatales¹¹⁸, y que los órganos políticos opten por no prever expresamente la sujeción de dichas actuaciones a su verificación conforme a las normas constitucionales y legales. Pero también es cierto que, en esta fase histórica del constitucionalismo, la afirmación del valor normativo de la Constitución

¹¹⁴ En la declaración del estado de sitio. Intervención del Congreso de los Diputados en términos similares, por tanto, a la competencia del *Bundestag* para decidir este tipo de operaciones según la jurisprudencia constitucional alemana.

¹¹⁵ Hasta el momento, este tipo de decisiones se han formalizado a través de un *Acuerdo del Consejo de Ministros* por lo que, en la futura regulación legal, debiera preverse que revistan la forma de Real Decreto, como ocurre con los estados de excepción, para preservar así la intervención *formal* del Monarca. Real Decreto que, lógicamente, no será disponible para el Consejo de Ministros cuando se trata de operaciones que decide el órgano legislativo, como sucede también con los estados de excepción y de sitio (cfr. al respecto A. Gallego Anabitarte y A. Menéndez Rexach, *op. cit.*, p. 124 y ss.

¹¹⁶ Art. 9 de la LODN.

¹¹⁷ Evidentemente, eso no impide que existan otras vías de información al Jefe del Estado sobre estas materias, más o menos formalizadas.

¹¹⁸ Como se ha referido respecto de los Estados Unidos. Un supuesto relevante de intervención jurisdiccional en esta materia es, como se ha dicho, el de Alemania.

conlleve que cada vez sean menos los espacios del poder sustraídos al conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

De esta forma, la reforma legal podría establecer expresamente la impugnabilidad de esta clase de decisiones relativas a las Fuerzas Armadas, evidentemente sólo ante el Tribunal Constitucional, a través de dos posibles vías, el Recurso de Inconstitucionalidad o el Conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado. Pero puede optar, también, porque sea el propio Tribunal por vía interpretativa el que determine si los distintos actos que concurran en la decisión sobre la implicación armada exterior (autorización previa, declaración de guerra...) pueden ser considerados actos con valor de Ley a los efectos del objeto del Recurso de Inconstitucionalidad¹¹⁹; o bien, si son impugnables por la vía del art. 73 LOTC por incidir en el reparto de atribuciones entre los órganos constitucionales.

De cualquier modo, si en el espíritu del legislador estuviera someter estas decisiones al conocimiento del Tribunal Constitucional, parece adecuado que la Ley determine si se ha de hacer a través de un control más amplio como el que cabe en el Recurso de Inconstitucionalidad, en atención a los órganos legitimados para su interposición (incluidas las minorías parlamentarias) y al canon de valoración de las normas y actos objeto del Recurso¹²⁰; o si, por el contrario, se considera apropiado un control más restringido como el del Conflicto de atribuciones, por los órganos legitimados para su interposición y el objeto limitado que le es propio¹²¹. En esta última hipótesis, en fin, el legislador debería incorporar necesariamente a las Cortes Generales como órgano legitimado (y cuyas decisiones son susceptibles de) impugnación a través de este procedimiento, posibilidad que no tiene cabida según la redacción actual de la LOTC¹²².

Carlos Ortega Santiago

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid

/

¹¹⁹ Tomando en consideración los planteamientos de M. Aragón Reyes, “Acto con fuerza de Ley”, en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, 2001, p. 341 y ss., sería posible defender en nuestro ordenamiento este tipo de impugnación de las decisiones sobre la guerra. Este autor se refiere a autorizaciones como la del estado de sitio para ejemplificar este tipo de actos, pero no concretamente a la autorización de la declaración de guerra.

¹²⁰ Tanto los límites sustanciales como los requisitos procedimentales de las acciones armadas previstos en las normas que conforman el parámetro de la constitucionalidad.

¹²¹ Asunción indebida de atribuciones y, por tanto, básicamente los aspectos procedimentales de las decisiones bélicas.

¹²² Véase sobre estas cuestiones referidas a este proceso constitucional, A. Gómez Montoro, *Los conflictos entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992, p. 327 y ss.; y J. García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1987, p. 70