

REVISTA *de* ESPAÑOLA DERECHO MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 117

Madrid (España) • enero - junio 2022 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Rafael Eduardo Matamoros Martínez, general consejero togado.

CONSEJO EDITORIAL

Jacobo Barja de Quiroga López, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Antonio Afonso Rodríguez, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Juan Pozo Vilches, fiscal togado. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Margarita García Moreno, subdirectora general de publicaciones y patrimonio cultural. Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández, secretario general técnico del Ministerio de Defensa. Adoración Mateos Tejada, subsecretaria del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Javier Aparicio Gallego, exmagistrado del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la U.N.E.D. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la U.C.M. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la U.N.E.D. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico general. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Ricardo Cuesta del Castillo, magistrado del Tribunal Supremo. Fernando Marín Castán, magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Menchén Herrerros, exmagistrado del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico general. Carlos Pérez del Valle, catedrático de Derecho Penal Universidad C.E.U San Pablo. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la U.C.M. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Luis Rueda García, fiscal del Tribunal de Cuentas. Rafael Alcalá Pérez Flores, magistrado. Manuel Hernández-Tejero García general auditor. Juan Carlos Domínguez Nafría, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones Universidad C.E.U San Pablo. Carlos Eymar Alonso, general auditor. Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, general auditor. Francisco Luis Pascual Sarriá, general auditor. Miguel Ángel Encinar Del Pozo, magistrado. María Ángeles Villegas García, magistrada. María del Carmen Quesada Alcalá, profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.N.E.D. Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la U.N.E.D. María África Herrera Alonso, magistrada. Araceli Mangas Martín, catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U.C.M. Eduardo José Fontán Silva, director del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial. D. Abraham Martínez Alcañiz, comandante auditor. D. José Alberto Fernández Rodera, magistrado del Tribunal Supremo. D. Francisco Javier de León Villalba, catedrático de Derecho Penal (UCLM).

MIEMBROS DE HONOR DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, académico de número de la Real Academia Española de la Lengua.

SECRETARIO

Francisco Carlos de Osuna Hervás, coronel auditor

SECRETARO ADJUNTO

Laureano Tomás Zafrilla, coronel auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6, Madrid, 28047

Teléfono: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

emej@oc.mde.es

Catálogo de Publicaciones de Defensa

<http://publicaciones.defensa.gob.es/inicio/revistas>

APP Revistas Defensa

Disponible para dispositivos Android en Google Play <http://play.google.com/store> y para dispositivos iOS en App Store en <http://store.apple.com/es>

Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 12,00 €

Europa: 16,00 € Resto del mundo: 18,00 €

Precio ejemplar: 8,00 €

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

117 ENERO
JUNIO
2022

MADRID



MINISTERIO DE DEFENSA



Catálogo de Publicaciones de Defensa
<https://publicaciones.defensa.gob.es>



Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

publicaciones.defensa.gob.es
cpage.mpr.gob.es

Edita:



Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2022

NIPO 083-15-140-0 (edición impresa)

ISSN 0034-9399 (edición impresa)

Depósito legal M 523-1958

Fecha de edición: diciembre de 2022

Maqueta e imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

NIPO 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN 2530-1497 (edición en línea)



Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del copyright ©.

En esta edición se ha utilizado papel 100% libre de cloro procedente de bosques gestionados de forma sostenible.

ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 117 ENERO-JUNIO 2022

ESTUDIOS

- Patricia Esquinas Valverde. *Los delitos de traición al Estado e incitación a la guerra: sus relaciones concursales con otros preceptos de los códigos penales común y militar* 9
- Jacinto J. Marabel Matos. *El derecho operativo militar y los estados de emergencia nacional: estándares jurídicos de actuación en la operación Balmis* 47
- Pablo Moya Aznárez. *Reflexiones jurídicas sobre los miembros de las Fuerzas Armadas y su consideración como agentes de la autoridad* 85
- José Antonio Perea Unceta. *El conflicto de Ucrania de 2022 visto desde los artículos 2 y 51 de la Carta de las Naciones Unidas* 121
- Clara Isabel Cordero Álvarez. *La protección de los menores desplazados desde Ucrania en la Unión Europea y España a través de los instrumentos de derecho internacional privado de familia* 165

NOTAS

- Ana Gemma López Martín. *La respuesta judicial para determinar la responsabilidad internacional de la Federación Rusa por las violaciones de normas cometidas en la invasión de Ucrania* 213

RECENSIONES DE LIBROS

- Joaquín López Sánchez. *Edición en español del Comentario actualizado del I Convenio de Ginebra de 1949* 245

DOCUMENTACIÓN

- José Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina legal del Consejo de Estado* 251

ESTUDIOS

LOS DELITOS DE TRAICIÓN AL ESTADO E INCITACIÓN A LA GUERRA: SUS RELACIONES CONCURSALES CON OTROS PRECEPTOS DE LOS CÓDIGOS PENALES COMÚN Y MILITAR

Patricia Esquinas Valverde
Prof.^a titular de Derecho Penal, Universidad de Granada

Resumen

Los delitos de traición al Estado y de incitación a la guerra, contenidos en los artículos 581 a 588 del Código Penal de 1995 (Título XXIII, Libro II) son algunos de los preceptos más olvidados y, por fortuna, menos aplicados de nuestro texto punitivo vigente. Su análisis detenido resulta, sin embargo, muy recomendable teniendo en cuenta los diversos problemas interpretativos que plantean, especialmente en cuanto a sus relaciones concursales con otros delitos conexos previstos en el CP común (así, con los arts. 590 a 592, 595 a 598) y en el CP militar (arts. 24 a 26 y 57). Por otra parte, la actual inestabilidad del panorama internacional, singularmente con el conflicto desencadenado entre la Federación Rusa, Ucrania y los países de la OTAN, invita a revisar estos delitos de traición, espionaje e incitación a la guerra ante la posibilidad de una mayor importancia de los mismos en el futuro.

Palabras clave: traición, espionaje, favorecimiento del enemigo.

Abstract

The crimes of treason against the State and incitement to war, contained in articles 581 to 588 of the Spanish Penal Code 1995 (in its 2nd Book, Title

XXIII) are some of the most forgotten precepts and, fortunately, also very scarcely applied in our punitive text. It is, however, highly recommended to analyze them carefully, taking into account the various interpretative problems that they cause. Especially, it is difficult to distinguish between those precepts and other related crimes provided for in the common Penal Code (articles 590 to 592, 595 to 598) and in the military Penal Code (articles 24 to 26 and 57). On the other hand, the current instability of the international scene, particularly with the conflict raised between Russia, Ukraine and the NATO countries, suggests the convenience of revisit this crimes of treason given the possibility of their greater relevance in the future.

Keywords: treason, espionage, favoring the enemy.

Sumario

1. Introducción. 2. El delito de traición del art. 581 CP. 3. Los delitos de traición y desertión en el ámbito de un conflicto armado o guerra: favorecimiento al enemigo (arts. 582 y 583 CP). 4. El delito de espionaje internacional (art. 584 CP). 5. El delito de declaración ilícita de guerra (art. 588 CP). 6. Disposiciones generales. 7. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos de traición, situados en el vigésimo tercero y penúltimo título del Libro II del CP junto con aquellos delitos dirigidos contra la paz y la independencia del Estado y los relativos a la defensa nacional¹, ocupan los

* Listado de abreviaturas: artículo (art.); Centro Nacional de Inteligencia (CNI); citado (cit.); Código Penal de 1995 (CP); Código Penal Militar de 2015 (CPM); Código Penal Texto Refundido de 1973 (CPTR73); confróntese (cfr.); Constitución Española de 1978 (CE); coordinador/es (coord., coords.); director/es (dir., dirs.); edición (ed.); Estado Islámico de Irak y Siria (*Islamic State of Iraq and Syria*, ISIS); Ley/es Orgánica/s (LO, LL.OO.); Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN); página/s (p., pp.); Real Academia de la Lengua Española (RAE); Real Decreto (RD); Sentencia del Tribunal Supremo (STS); Tribunal Supremo (TS); Unión Europea (UE); *verbi gratia* (v.gr.); *vide* (vid.); Volumen (Vol.).

¹ Tradicionalmente, en nuestros Códigos penales históricos (incluido el CPTR73) tales delitos ocupaban los primeros lugares en la sistemática de la Parte Especial, siguiendo la lógica de que estos eran los ilícitos de mayor gravedad y de que la protección de la seguridad exterior debía preceder a la protección de la seguridad interior (*vid.* Ventolá Escudero, F./ Escudero Moratalla, J.F./Ganzenmüller Roig, C./ Frigola Vallina, J. (1998), «Capítulo 2. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Título XXIII», en *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional* (Fernández García, E.M./Ganzenmüller Roig, C./Escudero Moratalla, J.F./Frigola Vallina, J./Ventolá Escudero, F.), Bosch, Barcelona, pp. 483 a 583 (485); también Peris Riera, J. (2020), «Capítulo 73.

artículos 581 a 588 CP y constituyen, por fortuna, algunos de los tipos penales menos aplicados de nuestro vigente CP. Ello no impedirá, tal vez, que en el futuro lleguemos a observar un incremento en el número de tales ilícitos, por ejemplo de los relacionados con el espionaje internacional (art. 584 CP), dado que estamos teniendo noticias recientes de su comisión en perjuicio de países de nuestro entorno como Alemania, Gran Bretaña o EE.UU. (v. gr., casos *Snowden* y *Assange*), o incluso de la propia nación española (caso *Pegasus* y el presunto espionaje por parte de Marruecos)². Algunos otros de estos delitos, en cambio, siendo figuras de gran tradición en nuestros textos punitivos históricos, parecen actualmente desfasados y solo evocadores de un pasado más bien lejano —es el caso, por ejemplo, del tipo de traición en el art. 581 CP o del tipo de declaración ilegal de guerra en el art. 588 CP—.

Se protegen en este Título XXIII, Libro II CP intereses esenciales para la supervivencia del Estado, como son la seguridad, la paz y la independencia de la nación³, los cuales tienen reconocimiento constitucional: así, la *independencia* y la *soberanía* de España con respecto a otros países se proclaman como valores que deben ser preservados por las Fuerzas Armadas, a las que igualmente corresponde la defensa del territorio nacional y de su integridad (art. 8º.1 CE)⁴. A su vez, se asigna la defensa nacional

De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I)», en *Sistema de Derecho Penal, Parte especial* (Morillas Cueva, L., dir.), 3.ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 1599 a 1604 (1599). El CP 1995 ha optado, sin embargo, por un orden más coherente con la escala de valores establecida por la CE 1978, que sitúa en primer plano la preservación de los derechos fundamentales de la persona; de ahí el precepto inicial del Libro II CP, art. 138, dedicado al delito contra la vida, el homicidio, y así sucesivamente.

² Vid. noticia de *La Vanguardia* de fecha 04/05/2022: «Las intrusionas en los dispositivos de Pedro Sánchez y Margarita Robles, entre otros, se produjeron en plena crisis diplomática con el reino alauita tras la hospitalización del líder del Polisario en España y la posterior entrada masiva de inmigrantes por Melilla» (<https://www.lavanguardia.com/politica/20220504/8241217/pegasus-informe-marruecos-espionaje-espana-moviles.html>, consultada el 28 de junio de 2022 a las 21:00 h).

³ Vid. por todos Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 487; Núñez Castaño, E., «Lección XXIII. Delitos de traición, contra la paz o independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, Vol. II (Gómez Rivero, M.C., dir.), 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 727 a 746 (729), y Muñoz Conde, F. (2021), *Derecho Penal, Parte Especial*, 23.ª ed. (con la colaboración de López Peregrín, C.), Tirant lo blanch, Valencia, p. 737: a través de este Título del CP se tutelan en general la soberanía, la independencia del Estado y su necesaria defensa frente a las agresiones de otros Estados, si bien para cada uno de los tipos delictivos en particular habrá que buscar el bien jurídico específicamente protegido.

⁴ Guardiola Lago, M.J. (2016), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional» (Capítulos I y II), en *Comentarios al CP español* (Quintero Olivares, G., dir.), Tomo II, 7.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp.1947 a 1977 (1948), rechaza, no obstante, que la independencia

como competencia política y jurídica exclusivamente al Estado central (art. 149.1.4.^a CE).

Tan ligados se hallan dichos bienes jurídicos supraindividuales a la integridad y supervivencia del Estado español que el conocimiento jurisdiccional de estos delitos (excepto, sorprendentemente, de aquellos que atentan contra la defensa nacional) se atribuye a nuestros tribunales incluso aunque los hechos hayan sido cometidos por ciudadanos extranjeros y/o fuera del territorio nacional español (*vid.* art. 23.3, letra a) LOPJ: competencia por el *principio real o de defensa*). Precisamente una de las características singulares de varios de tales tipos penales, especialmente de los concernientes a la traición, es que se menciona como sujeto activo del delito a *el español* (así, arts. 581 a 584 y 594 CP); ello ha llevado a algún autor a considerar que el motivo esencial por el que se castigan estas conductas es porque implican una vulneración por parte del ciudadano de sus deberes de fidelidad con respecto al Estado que le dota de nacionalidad⁵. No obstante, la punición de dichas acciones atentatorias contra la soberanía o la paz del Estado se extiende asimismo a los ciudadanos extranjeros (arts. 586, 594.2 y 597 CP), aunque en algunos casos con una pena inferior a la de los nacionales, lo que vendría a demostrar que el interés protegido es esa obligación especial de lealtad⁶. Por otro lado, para el supuesto de que quien realice las conductas sea una autoridad o un funcionario público, por efecto del art. 616 CP (que se halla en el Título siguiente, n.º XXIV) se asignará a estos reos la pena adicional de inhabilitación absoluta entre 10 y 20 años; y si se tratara de un particular, podrán los órganos judiciales imponerle la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público entre 1 y 10 años.

Los delitos contenidos en este Título XXIII encuentran hasta cierto punto sus equivalentes en el CP militar (Ley Orgánica 14/2015, de 14 de

del Estado pueda constituir el elemento común protegido por esos delitos del Título XXIII, por tratarse de un concepto excesivamente amplio.

⁵ *Ibidem*, pp.1948 y 1949.

⁶ A juicio de Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 491, y de Cobo del Rosal, M./Quintanar Díez, M. (2004), «Lección 61», «Lección 62» y «Lección 63», «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I), (II) y (III)» —respectivamente—, en *Derecho Penal Español, Parte Especial* (Cobo del Rosal, coord.), Dykinson, Madrid, pp. 1141 a 1173 (1143), el hecho de que se sancione por las conductas de *traición* tanto a los españoles como a los extranjeros nos remite a un concepto amplio y *romano* del término, que no exige un vínculo de nacionalidad entre el sujeto y el Estado (al contrario que la idea germánica de traición). En cambio Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, pp. 729 *in fine* y 730, opina que nuestro CP aplica en este capítulo el concepto germánico (traición del vínculo del ciudadano con su país), *aunque de manera matizada* porque también se castiga al extranjero residente (traición impropia).

octubre) para su aplicación preferente, bajo ciertas circunstancias, sobre los militares y los miembros de la Guardia Civil (*vid.* arts. 1 y 2 CPM)⁷. Contempla el citado texto los tipos de *traición militar* (art. 24 CPM)⁸, *espionaje militar* (art. 25 CPM) y *revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales* (art. 26 CPM), dentro del Título I, sobre los *Delitos contra la seguridad y defensa nacionales* (Capítulos I, II y III)⁹. A su vez, de acuerdo con el art. 9.2, letra a) CPM se consideran delitos militares los delitos de traición, tal y como están tipificados en el CP común (arts. 581 a 588 CP) cuando los cometa un militar y se perpetren con abuso de las facultades o infracción de los deberes establecidos en las LL.OO. 9/2011 (de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas) y 11/2007 (de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil).

En el presente trabajo nos constreñiremos (por razones de limitación de espacio) a analizar los delitos de traición previstos en el primer Capítulo del Título XXIII, Libro II CP común, preceptos que no han sufrido alteración alguna en su redacción original desde la promulgación del CP 1995.

⁷ De acuerdo con el art. 1, apartados 2 y 3 CPM, el CP civil o común resultará norma supletoria del CPM para la jurisdicción castrense tanto en las disposiciones contempladas en el Título Preliminar del CP como en aquellos aspectos que no prevea expresamente el CPM. A su vez, deberá aplicarse el CP común cuando este asigne para las mismas conductas constitutivas de delito militar (*v.gr.*, algunas de las que analizaremos en este trabajo) penas más graves que las señaladas por el CPM; en otro caso, la ley penal militar resultará principal frente al CP común. Según Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L. (2017), *Introducción*, en *El código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios* (de León Villalba, F.J./Juanes Peces, A./Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L./López Lorca, B.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 29 a 49 (32), la Ley penal militar es especial respecto al CP común tanto por su carácter complementario como porque *la mayoría de sus normas regula la conducta de una determinada categoría de personas (los militares)*. Además, también se protegen en ella bienes jurídicos estrictamente castrenses y se incluye normativa sobre los estados de sitio y el conflicto armado.

⁸ Comenta López Lorca, B. (2017), «Artículos 24 a 29. Los delitos contra la seguridad y defensa nacional (I)», en *El código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios, cit.*, pp. 261 a 327 (268-269) que el delito de traición en el CPM de 2015 ha quedado notablemente simplificado a fin de armonizarlo con los propios tipos de traición en el CP común, respondiendo así a la naturaleza complementaria del texto punitivo castrense. Por consiguiente, el art. 24 CPM se limita ahora a 4 modalidades específicas de traición militar, que son las que adquieren trascendencia en dicho ámbito.

⁹ El anterior CP militar español (LO 13/1985, de 9 de diciembre), en su versión original, aún permitía la aplicación de la pena de muerte *en tiempos de guerra* (*vid.* arts. 24.1º LO 13/1985 y 15 CE 1978) y para delitos militares muy graves como los citados de traición (arts. 49 y 50 LO 13/1985), espionaje (art. 52) o atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional (art. 57). Sin embargo, a través de la LO 11/1995, de 27 de noviembre, se eliminó incluso tal referencia residual a la pena de muerte en el CPM precedente. Finalmente, la pena capital ha desaparecido del todo en el vigente CPM de 2015, estando ausente de la lista de posibles sanciones imponibles (art. 11 CPM).

Estos ilícitos constituyen una serie de conductas por las que un ciudadano español, en tiempos de guerra o fuera de ella, favoreciera a una *potencia extranjera*, o al *enemigo*, a las *armas*, a las *banderas* o a las *tropas enemigas* en la defensa de los intereses de estos y en perjuicio de los del *Estado*, *la Patria* o *la nación* de España. Algunos de dichos términos presentan fuertes reminiscencias históricas y un carácter claramente militar. En cualquier caso, a nuestro juicio no puede achacarse a estos tipos la naturaleza de *delitos políticos*, como pretende algún sector de la doctrina¹⁰: en efecto, sus contenidos de ilícito en relación con bienes jurídicos colectivos como la paz y la seguridad del Estado (y por extensión con los bienes individuales de los ciudadanos que componen ese Estado) aparecen claramente determinados, con independencia de cuál fuera la ideología o ideario político concreto que persiguiera el autor de los comportamientos.

2. EL DELITO DE TRAICIÓN DEL ART. 581 CP

La primera de tales conductas viene prevista en el art. 581 CP, relativo al «*español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertare con ella para el mismo fin*». Sujeto activo puede ser cualquier *español*, sin que se exija que ostente condición militar, pública o de autoridad alguna, por lo que estaríamos ante un delito común. No obstante, lo más probable de darse un caso real de tales características es que la persona del autor, así como los sujetos inducidos o conspiradores de la nación extranjera entraran en una de esas citadas categorías¹¹, y en este punto se percibe la naturaleza un tanto anacrónica del precepto. En efecto, a día de hoy difícilmente podría iniciarse un

¹⁰ Cfr. Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 489, aunque admitiendo que en numerosas infracciones del Título *no se manifiestan los caracteres de relativismo y variabilidad propios del delito político*; *vid.* también Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1948, si bien ella no toma partido.

¹¹ Para Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola (*ibidem*, p. 492), la persona física en concreto inducida no ha de ser el jefe del Estado extranjero ni cualquier otro sujeto con capacidad directa para decidir, sino que basta con que la inducción llegue indirectamente a conocimiento de quienes tienen dicha facultad resolutoria, reconduciendo su voluntad en contra de España. De forma parecida, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1145; Baucells Lladós, J. (2004), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo II* (Córdoba Roda, J./García Arán, M., dirs.), Marcial Pons, Madrid, pp. 2635 a 2681 (2636), y Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1600: se ha de generar directa o indirectamente la voluntad de declarar la guerra a España *en las personas que, en la potencia extranjera, tengan la potestad de realizar el acto de declaración de guerra*.

conflicto armado entre países por el mero concierto o voluntad de varios individuos, sin que confluyeran en esa decisión muy diversos factores de índole económica, geopolítica, social, armamentística, etc.¹² A su vez, en esa resolución de emprender la guerra deberían intervenir formalmente varias instituciones públicas de los estados combatientes, como sus parlamentos y gobiernos (*vid.* arts. 63.3 y 94.1, letras d) y c) CE)¹³, lo que convierte la perspectiva expresada en este tipo penal en irreal o fantasiosa. Igualmente anticuados parecen los términos de *declarar la guerra*, habida cuenta de que en nuestros tiempos (a diferencia de en los pasados...¹⁴) los conflictos armados no suelen comenzar con tales formulismos, sino directamente con la aproximación o entrada en territorio o espacio aéreo extranjero de las fuerzas militares atacantes¹⁵.

¹² *Vid.* Portilla Contreras, G. (1997), «Lección 62», «Lección 63» y «Lección 64», «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I), (II) y (III)» —respectivamente—, en *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Vol. II (Cobo del Rosal, dir.), Marcial Pons, Madrid, pp. 915 a 947 (917); Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 493; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1952; Alonso de Escamilla, A. (2019), «Tema 26. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Delitos. La Parte Especial del Derecho penal* (Lamarca Pérez, C., coord.), 4.^a ed., Dykinson, Madrid, pp. 1043 a 1053 (1046); Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, pp. 730 *in fine* y 731; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 738.

¹³ *Cfr.* Bleuca Fraga, R. (1983), *El delito de traición y la defensa nacional*, Edersa/Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, p. 85; Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 917.

¹⁴ Por ejemplo, la II Guerra Mundial comenzó oficialmente cuando, tras la invasión de Polonia por parte de la Alemania nazi de Adolf Hitler el 01/09/1939, dos días más tarde Gran Bretaña, Francia y otros países (Australia, Nueva Zelanda e India, y poco después Sudáfrica y Canadá) declararon formalmente la guerra al país germano. *Vid.* por todos Beevor, A. (2014), *La segunda guerra mundial*, Pasado y Presente, Barcelona, pp. 44 a 48.

¹⁵ *Vid.* Fernández Roderá, J.A. (2015), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Comentarios prácticos al CP, Tomo VI* (Gómez Tomillo, M./Javato Martín, A.M., dirs), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 681 a 735 (685): hubiera sido preferible añadir al precepto la expresión «o iniciar un conflicto con España». También Bleuca Fraga, *El delito de traición...*, *cit.*, p. 85; Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 917; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 492; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1145; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2637 y 2653, y Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 738, consideran que la *declaración* no ha de entenderse aquí en sentido formal. Por su parte Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1952, menciona al hilo de este anacronismo lo dispuesto por el *Convenio relativo a la ruptura de hostilidades* firmado al término de la II Conferencia de la Paz celebrada en La Haya, el 18/10/1907: según el art. 1 del Convenio, «*las potencias signatarias reconocen que las hostilidades no deberán comenzar entre ellas sin un aviso previo e inequívoco, bajo la forma de una declaración de guerra motivada, o de un ultimátum, con declaración de guerra condicional*».

El bien jurídico protegido en el art. 581 CP se identifica con la paz de España e, indirectamente, con su independencia o integridad¹⁶, siendo por tanto el sujeto pasivo el propio Estado. Sorprende la expresión típica *potencia extranjera*, que remite a la denominación histórica propia del siglo XIX y la 1.ª mitad del siglo XX, con el auge de los nacionalismos y de las grandes naciones occidentales —Gran Bretaña, Alemania, Italia, Francia, el Imperio Austro-húngaro, EE.UU., etc.—, origen de las dos contiendas mundiales. Dicha expresión podría haber sido sustituida simplemente por las menos rimbombantes de *Estado* o *país*¹⁷. En cualquier caso, podrían incluirse igualmente en la órbita del tipo aquellos supuestos en los que la *potencia* fuera una alianza o bloque compuesto por varias naciones¹⁸, o bien otros sujetos de derecho internacional distintos de los Estados.¹⁹ La pena asignada al delito es la más elevada de este capítulo, de 15 a 20 años de prisión, como corresponde a la gravedad y trascendencia que podría conllevar la acción típica.

En lo tocante a su naturaleza, se perfila el art. 581 CP como un delito *doloso-directo*²⁰ y *de mera actividad*,²¹ pues no exige para su consumación

¹⁶ Cfr. por todos Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, pp. 1143 y 1144; Fernández Roder, *ibidem*; Alonso de Escamilla, «Tema 26...», *cit.*, p. 1044, y Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1600. Por su parte, Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 490, se refieren a la seguridad del Estado y a la paz internacional; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 738, y Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 731, a esa última.

¹⁷ Vid. Prats Canut, J.M. (1999), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional» (Capítulos I y II), en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Quintero Olivares, G., dir.). 2.ª ed., Aranzadi, pp.1635 a 1649 (1636); Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2636. De manera similar señala Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, pp.1951 *in fine* y 1952, que *potencia* no debe entenderse aquí como un Estado de capacidad o poder elevados, sino sencillamente como cualquier nación soberana extranjera; igualmente, Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 918 («cualquier otro país que no sea España»).

¹⁸ Cfr. Fernández Roder, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 685.

¹⁹ Así Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 492.

²⁰ Por todos, Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1951; Fernández Roder, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 685; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, *ibidem*, p. 493 (con independencia de cuál sea el propósito específico y personal del sujeto inductor, que carecerá de relevancia). Según Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2637, el delito ya no exige un dolo específico de perjudicar a la propia nación (afirmación a nuestro juicio harto discutible en una conducta claramente de traición, como es esta).

²¹ Por todos, *vid.* Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 731. Baucells Lladós, *ibidem*, admite sin embargo la tentativa, pues ambas modalidades típicas (*inducir* y *concertarse*) «suponen un proceso de cierta duración» y «son susceptibles de ejecución fraccionada». Nos resulta difícil, no obstante, concebir esa posibilidad en la práctica, pues, trasgado el umbral de los meros actos preparatorios, la conducta de aproximación al país extranjero con la intención desleal integrará ya en alguna medida los verbos típicos.

que efectivamente el país extranjero nos declare la guerra, sino solo que tal sea el fin perseguido por el sujeto activo.²² En ese sentido, aunque el verbo típico «inducir» parece remitir a la figura general de participación en el delito de otro (art. 28, párrafo 2.º, letra a) CP)²³, no deben aplicarse a este art. 581 CP automáticamente las características propias de tal institución, pues la inducción aquí no ha de ser eficaz hasta las últimas consecuencias, aunque sí idónea para ello²⁴. Otro tanto se puede decir de la expresión *concertarse para*, que sería equiparable en cierto modo con la conspiración (art. 17.1 CP)²⁵ y para cuya consumación tampoco se requeriría que el país con el que se hubiera pactado llegara a ejecutar el *hecho principal* (declaración de guerra a España)²⁶. Los medios con los que se realice tal inducción o concierto, ante el silencio del legislador, pueden ser cualesquiera: el engaño al país extranjero, el pago de un precio o compensación o la promesa de estos, la simple negociación, etc.

Es preciso hacer referencia, por último, a la relación de concurso aparente de normas que establecerá este precepto con el art. 590 CP, situado en el Capítulo II del Título XXIII, sobre «*Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado*». Se tipifica en este caso la conducta de *provocar o dar motivo a una declaración de guerra contra España por*

²² Vid. Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 918; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, pp. 491 y 492; Fernández Roderá, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 685; Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1636; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 738.

²³ Cfr. Bleuca Fraga, *El delito de traición...*, *cit.*, p. 85. Del mismo modo indica Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1600, que «resulta necesario remitirse a los arts. 28 y 17 CP para concretar e integrar los conceptos de inducción y concierto». Para Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, pp. 917 *in fine* y 918, se trata de ambos casos de las formas generales de participación que se han elevado a figuras autónomas (asimismo Bleuca Fraga, *ibidem*, para la inducción).

²⁴ Cfr. Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1636; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1145; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2636 (por la misma razón, la acción típica *podrá ser directa o indirecta*); Peris Riera, *ibidem*.

²⁵ Vid. Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 918; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 738; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 731. En contra, considerando que este *concertarse* resulta distinto de la figura de la conspiración en la Parte General del Código, *vid.* Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 492; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, *ibidem*, p. 1143; Alonso de Escamilla, «Tema 26...», *cit.*, p. 1046.

²⁶ Así Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1636, y Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1950 *in fine* y 1951, indicando que sí es precisa, en cambio, al menos cierta concreción en el plan que se trace con la potencia extranjera, así como una distribución de las posibles funciones y, en definitiva, la idoneidad del concierto para producir la declaración de guerra, sin que se sean suficientes las puras conjeturas. Asimismo Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 918; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2636; Alonso de Escamilla, «Tema 26...», *cit.*, p. 1046; Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1600.

parte de otra potencia, mediante actos ilegales o que no estén debidamente autorizados, comprometiendo de esa manera el bien jurídico de la paz²⁷. Parece tal comportamiento, pues, una modalidad de segundo grado con respecto a la inducción/concertación a la guerra prevista en el art. 581 CP, en la que la acción, aun siendo dolosa en el sentido de consciente, en lo tocante a la provocación de la guerra estaría más próxima a una actitud doloso-eventual o incluso solo gravemente imprudente²⁸. El sujeto activo del art. 590 CP sí tendrá que haber realizado plenamente a sabiendas esos actos ilegales o no debidamente autorizados, pudiendo haber previsto solo doloso-eventualmente la posibilidad de originar con ello un conflicto armado con el país extranjero (*otra potencia*)²⁹. Se infiere del precepto que dichos actos ilegales o irregulares han de haber tenido gran trascendencia y entidad, como para incitar al enemigo a la declaración de hostilidades contra España (idoneidad)³⁰. Por ello, y del mismo modo que ocurre en el art. 581 CP, generalmente solo estarán en disposición de perpetrar este delito del art. 590 CP aquellas personas que, por desempeñar un alto cargo o ministerio, o bien por manejar grandes empresas o negocios, entren a

²⁷ Por todos, Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 507 *in fine*.

²⁸ Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2654, llega más allá, estimando esa provocación efectiva de una declaración de guerra como una cualificación por el resultado, que no tiene por qué ser abarcada por el dolo (opinión que no compartimos).

²⁹ Cfr. Portilla Contreras, «Lección 63...», *cit.*, p. 929. También Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, pp. 509 y 510: basta un *dolo genérico* con respecto a la posibilidad de ocasionar el resultado (declaración de guerra/vejeciones o represalias), el cual *ha de ser, cuando menos, previsible para el autor*. Cfr. asimismo Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2653, y Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1951 y 1967: una de las diferencias entre ambos delitos de los arts. 581 y 590 CP (al margen del elemento del resultado) reside precisamente en tal finalidad expresa de producir una guerra que debe concurrir en la conducta del primero de los preceptos. Guardiola Lago considera dicha intención un elemento subjetivo del injusto. En cambio, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 62...», *cit.*, p. 1157, y Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1607, parecen considerar que la diferencia entre ambos preceptos está en la conducta típica, pues (afirman) tal vez no habría de interpretarse el verbo *provocar* en el art. 590 CP de la misma forma que el acto preparatorio del art. 18.1 CP (provocación al delito), residiendo en ese aspecto la distinción con respecto al art. 581 CP. En otro caso, apunta Peris Riera, ambas conductas (arts. 581 y 590 CP) serían semejantes y el concurso de normas entre los dos preceptos debería resolverse conforme al art. 8.4 CP (alternatividad). De acuerdo con Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2653, por otro lado, interpretando este art. 590 CP de un modo distinto al art. 18 CP, *más fáctico que normativo*, la provocación a una declaración de guerra contra España no puede ser abstracta, entendida como incitación con publicidad, sino que debe realizarse frente a un grupo de personas concretas con capacidad para declarar la guerra a nuestro país (*v.gr.*, representantes políticos de la nación extranjera).

³⁰ *Vid.* Baucells Lladós, *ibidem*; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1966; Alonso de Escamilla, «Tema 26...», *cit.*, p. 1048; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 737; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 742.

gran escala en relaciones directas o indirectas con los asuntos e intereses de otro país. De hecho, el tipo prevé que, si lo ejecuta una autoridad o funcionario, la pena aplicable sea de prisión entre 8 y 15 años, mientras que si lo realiza un particular proceda la sanción de entre 4 y 8 años de prisión. No obstante, no puede descartarse que la razón para la declaración de guerra por parte de la nación extranjera sea, en algún caso, una acción más puntual y *a priori* de menor alcance (aunque de cualquier forma ilegal, hostil y temeraria) llevada a cabo por un individuo aislado (*v.gr.*, entrar con un barco o submarino militar, sin autorización, en aguas territoriales del país extranjero)³¹. A su vez, tal sujeto activo del tipo podrá ser una persona de nacionalidad española o extranjera y residente o no en nuestro país, lo que implica otra diferencia de este precepto con respecto a la traición del art. 581 CP (*vid.* art. 586 CP)³².

El delito del art. 590 CP incluye una segunda modalidad, con las mismas penas, para cuando la acción consistiera en *exponer a los españoles a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes*. Se entiende que también en este caso las hostilidades tendrían que proceder de la potencia extranjera, que, al verse seriamente perjudicada por las acciones ilegales o irregulares del sujeto activo, no llegara a declarar formalmente la guerra pero sí a someter a nuestros nacionales a represalias y afrentas o, al menos, a amenazarles con ataques de esa clase. A continuación, el apartado 2.º del precepto señala que, «*si la guerra no llegara a declararse ni a tener efecto las vejaciones o represalias, se impondrá, respectivamente, la pena inmediata inferior*». Esto significa que ambas conductas del art. 590.1 CP constituyen delitos de resultado, siendo necesario para su realización, al contrario de lo que ocurre en el art. 581 CP, que el país extranjero nos declare efectivamente la guerra o que se produzcan de hecho dichas vejaciones y represalias contra algunos o muchos ciudadanos españoles³³.

³¹ Quedarán fuera de este tipo, empero, y se integrarán en los mucho más graves de los arts. 605 y ss. CP (delitos contra el derecho de gentes) los supuestos de magnicidio o de lesiones a un jefe de Estado extranjero o a otras personas internacionalmente protegidas, casos que sin duda tienen la capacidad de provocar una declaración de guerra por parte de dicho Estado (*v.gr.*, la I Guerra Mundial comenzó a raíz del asesinato en 1914 del heredero al trono imperial austro-húngaro, el archiduque Francisco Fernando, en Sarajevo). En todo caso, si al magnicidio siguiera la declaración de guerra a España por parte de la nación perjudicada, podría darse un concurso medial entre ambos delitos de los arts. 590 y 605 CP.

³² Lo destaca, por todos, Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1967.

³³ *Vid.* Portilla Contreras, «Lección 63...», *cit.*, p. 929; Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1643; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1966 y 1967; Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1607; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, pp. 508 a 510 (rechazando estos últimos que tal declaración de guerra constituya una mera condición objetiva de punibilidad, pues se integra en la situación típica y ha de ser abarcada

3. LOS DELITOS DE TRAICIÓN Y DESERCIÓN EN EL ÁMBITO DE UN CONFLICTO ARMADO O GUERRA: FAVORECIMIENTO AL ENEMIGO (ARTS. 582 Y 583 CP)

Los arts. 582 y 583 CP recogen asimismo conductas constitutivas de traición y deserción en la forma de favorecimiento al enemigo y de correlativo perjuicio a los intereses de España. No obstante, estos comportamientos se suponen algo menos graves que los del delito anterior del art. 581 CP, pues en los arts. 582 y 583 CP el límite mínimo de la pena de prisión se rebaja a los 12 años (el límite máximo se mantiene, sin embargo, en los 20 años). Aunque los preceptos no hacen en su mayor parte mención expresa a una situación de guerra (excepto el número 4.º del art. 583 CP), su redacción sí permite inferir que las conductas se llevarán a cabo en el marco de un conflicto armado incipiente o ya declarado con otro Estado, pues se refieren al *enemigo*, a sus *filas*, *banderas*, *armas* o *tropas*, o a *estar en campaña*³⁴. Sujeto activo de las conductas ha de ser, de nuevo, *el español* (o el *extranjero residente*: *vid.* art. 586 CP, comentado *infra*) que beneficie en sus propósitos militares al país enemigo de alguna de las siguientes formas:

Art. 582.1º CP, facilitando a dicho *enemigo la entrada* en nuestro territorio o *la toma de una plaza, puesto militar, buque o aeronave del Estado*, o de (nuestros) *almacenes de intendencia o armamento*³⁵. Para

por el dolo). Por su parte, Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2653 y 2654, pese a catalogar el delito como de resultado, entiende que dicha declaración efectiva de guerra, etc., no ha de ser prevista dolosamente, pues constituirá una simple cualificación; también Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 742, sostiene que «la guerra o las vejaciones son meras cualificaciones». De otro lado, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 62...», *cit.*, pp. 1157 y 1158, hablan aquí de un delito de peligro concreto, en el que el autor o autores han debido crear un riesgo de producción de un conflicto bélico o de vejaciones y represalias; le atribuye la misma naturaleza Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 737.

³⁴ Así, Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2638 y 2639; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1953; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 740 *in fine* y 741.

³⁵ Ejemplos históricos de estas acciones no faltan: pensemos en la invasión de España por parte del ejército francés bajo el mando de Napoleón Bonaparte en 1807, con el beneplácito del rey Carlos IV y de su valido Manuel Godoy, expresado en el Tratado de *Fontainebleau* (ejército al que hubo que expulsar más tarde mediante la guerra de la Independencia, entre 1808 y 1814). *Vid.* Pérez Galdós, B., *Episodios nacionales. Primera serie, La guerra de la Independencia*, Destino, 2011 (publicación original: 1885), pp. 157 y 158, 178, 199 a 201, 270 y 271, 332 a 336, 344 y 345, 363 a 370, 374 y 375, etc.; asimismo Fontana, J. (2011), *La época del liberalismo* (Volumen 6 de la serie *Historia de España*, Fontana, J./Villares, R., dirs.), Critica-Marcial Pons, pp. 4, 5, 8 y 9, 14 y 15, 41 a 57, 57 a 78. También durante la Guerra Civil española (1936-1939) tuvo lugar la entrada en nuestro territorio y en nuestro espacio aéreo y marítimo de numerosas tropas, buques, submarinos y aviones militares italianos y alemanes, concertados con el General Francisco Franco y su ejército

concretar el concepto de «enemigo» habrá que acudir, a falta de una definición en el propio CP común, a lo que determina a estos efectos el CP militar³⁶; si bien la doctrina penal ha identificado el término con «una potencia o Estado extranjeros», descartando que pueda considerarse como tal a una organización terrorista o de otro carácter³⁷. En cuanto a los verbos típicos, *facilitar* significará hacer posible o proporcionar al adversario dicha entrada o toma con una ayuda imprescindible y esencial, o al menos, de la suficiente importancia y significación para lograr tal objetivo³⁸. De hecho, y en atención a la elevada pena prevista en el tipo, deberían excluirse del mismo aquellas intervenciones en pro del enemigo que resultaran de escasa o menor relevancia, o que no se refirieran a la consecución de objetivos militares o puestos que fueran clave en el desarrollo de la contienda³⁹. Por otra parte, *entrar* equivaldría a

con ocasión de su sublevación militar contra el gobierno legítimo y democráticamente elegido de la II República. Tales ejércitos extranjeros fueron autores de acciones de guerra devastadoras como la aniquilación de Guernica o el bombardeo sin piedad de Almería desde el buque acorazado *Deutschland*, entre muchas otras, y cabe decir que también las tropas republicanas, con la ayuda de armamento, aviones, etc., vendidos por la Unión Soviética, protagonizaron masacres contra la población civil como el bombardeo con aviones rusos de Cabra (Córdoba). *Vid.* Tusell, J. (2007), *Historia de España en el siglo XX. Tomo 2, La crisis de los años 30: República y Guerra Civil*, Taurus, pp. 341 y 342, 354 a 357, 361 a 363, 370 a 372, 378 y 379, 456 y 457, 461 a 466 y *passim*; igualmente Casanova, J. (2007), *República y Guerra Civil* (Volumen 8 de la serie *Historia de España*, Fontana, J./Villares, R., dirs., *cit.*), Crítica-Marcial Pons, 2.ª ed., pp. 194 y 195, 266 a 269, 271 a 273, 278 a 281, 366 y 367, 380, 382 y 383, 385 y 386, 408 y *passim*.

³⁶ *Vid.* art. 7.1 CPM 2015: serán *enemigos*, 1.º los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte que se halle en situación de conflicto armado con España; 2.º toda fuerza, formación o banda que ejecute una operación armada, a las órdenes, por cuenta o con la ayuda de tal parte enemiga; 3.º las fuerzas, formaciones o bandas, integrantes de grupos armados no estatales, que operen en un espacio donde España desarrolle o participe en una operación internacional coercitiva o de paz, de conformidad con el ordenamiento internacional; y 4.º los grupos armados organizados a que se refiere el art. 1.4 del Protocolo I de 8 de junio de 1977 –Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949– que se encuentren en situación de conflicto armado con España. Comentando ampliamente esta definición modernizada de *enemigo*, *vid.* Rodríguez Villasante y Prieto, J.L. (2017), «Artículos 2 a 8. Definiciones», en *El código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios*, *cit.*, pp. 93 a 179 (153-158).

³⁷ *Vid.* por todos Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, pp. 1146 y 1147. Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 919, entendiendo que el legislador se refiere concretamente a países que estén en guerra con España.

³⁸ Cfr. Blecua Fraga, *El delito de traición...*, *cit.*, pp. 87 y 88; Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 919; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1147; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2638 *in fine* y 2639.

³⁹ *Vid.* Portilla Contreras, *ibidem*; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1953; de manera similar, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1147. Por su parte, Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1637, deja al margen del precepto aquel caso en que se facilitara la entrada, por ejemplo, a un único miembro de las fuerzas enemigas.

la penetración física de las fuerzas hostiles en el territorio de soberanía española (incluyendo asimismo el espacio aéreo y el mar territorial⁴⁰), y *tomar* la plaza, puesto, etc., a su apoderamiento⁴¹. En definitiva, esta modalidad típica se configura como un delito de resultado, debiendo producirse para su consumación la efectiva invasión, siquiera parcial, por parte del enemigo⁴². Los diversos vocablos que emplea el precepto referidos a esa situación de conflicto han de ser interpretados *forzosamente* en un sentido *militar*⁴³.

Art. 582.2º CP: También puede cometerse el delito *seduciendo o allegando* el ciudadano español *tropa española, o que se halle al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas estando en campaña*. Nos encontramos ante un auténtico tipo de *inducción a la desertión militar*⁴⁴, en el que se instiga a los integrantes de la Fuerza Armada española a abandonarla o a cambiarse al ejército del enemigo durante una situación de enfrentamiento armado. El verbo *allegar tropa* deberá interpretarse como recoger o juntar soldados y, eventualmente, también a sus mandos, para hacer que se pasen al ejército enemigo, mientras que *estar en campaña* significará, según la RAE, hallarse en acciones de guerra, sean defensivas o de ataque. Dicha situación de *campaña* o guerra ha de estar necesariamente presente para que el tipo se haya producido, pues no será punible por este precepto la seducción a las tropas españolas en otro contexto o con otra finalidad distinta a la desertión (*v.gr.*, para trasladarlas a otra zona del territorio nacional en contra de las órdenes superiores, o

⁴⁰ Vid. Blecua Fraga, *El delito de traición...*, cit., p. 88.

⁴¹ Cfr. Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», cit., p. 495; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», cit., p. 1147. A juicio de Guardiola Lago, «Título XXIII...», cit., el tipo admite tanto comportamientos activos como omisivos.

⁴² Vid. Portilla Contreras, «Lección 62...», cit., p. 919; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», cit., p. 1147; Baucells Lladós, «Título XXIII...», cit., p. 2639; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», cit., p. 732. En contra, Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, *ibidem*, p. 496, considerando que se trata de un delito de peligro o de consumación anticipada, pues «no se espera a la producción del resultado para tenerlo por consumado» (!).

⁴³ Cobo del Rosal/Quintanar Díez, *ibidem*; igualmente, Baucells Lladós, *ibidem*, p. 2638 (puede recurrirse para su interpretación al CPM).

⁴⁴ Cfr. por todos Blecua Fraga, *El delito de traición...*, cit., p. 86 (sobre el equivalente a este precepto en el CPTR73) y Baucells Lladós, «Título XXIII...», cit., p. 2639. La definición de *desertión* nos la aporta el CPM en su art. 57, indicando que incurrirá en tal conducta punible *el militar que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones, se ausentare de su Unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare, pudiendo hacerlo, cuando tenga la obligación de efectuar su incorporación*. La pena se incrementa si el comportamiento se comete *en situación de conflicto armado o estado de sitio*.

fuera de España sin que haya guerra: *vid. infra*, art. 595 CP)⁴⁵. Asimismo quedará fuera del tipo aquella instigación a los soldados o mandos que no consiga que estos abandonen ilícitamente su puesto en el ejército español o se pasen al enemigo (la inducción ha de ser eficaz)⁴⁶. Por otra parte, objeto de la seducción deben serlo un conjunto concreto y determinado de miembros del ejército y no un solo sujeto, como expresa el vocablo *tropa*⁴⁷.

A su vez, el CPM sanciona con la pena de 15 a 25 años de prisión al militar que *se fugare de sus filas con el ánimo de incorporarse al enemigo y el propósito de favorecerlo* (art. 24.2.º CPM), aunque no seduzca a otros compañeros para que lo sigan⁴⁸, y con la pena inferior de 5 a 15 años de prisión si ese mando o soldado simplemente desertara de sus obligaciones durante una situación de conflicto armado (art. 57 *in fine* CPM). Tales tipos tendrán carácter especial, y serán por tanto de preferente aplicación, cuando el sujeto activo de la conducta ostente la condición de «militar»⁴⁹.

Art. 582.3.º CP: *Reclutar gente o suministrar armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España, bajo banderas enemigas*. Se trata aquí nuevamente de una forma de traición a la patria española, que no requiere para su consumación el hecho de que ese país extranjero (*bandera enemiga*⁵⁰) efectivamente declare la guerra o inicie acciones militares

⁴⁵ Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 920, añade a la conducta típica el elemento subjetivo del injusto de querer luchar contra el ejército español.

⁴⁶ *Vid.* Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, pp. 496 y 498; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1147; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1954; Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1601.

⁴⁷ Cfr. Guardiola Lago, *ibidem*: en otro caso (afirma esta autora), si los destinatarios de la invitación a desertar fueran un grupo indefinido e indeterminado de personas estaríamos ante una provocación a un delito, sancionable por el art. 585 CP. La discusión se suscitaría, entendemos, en torno a cuál sería ese delito al que se provocara a los militares, si el de *tomar las armas contra España* del art. 583.1.º CP (12 a 20 años de prisión), o el de desertación militar del art. 57 *in fine* CPM, ya citado (5 a 15 años de prisión) o el de traición y desertación con ánimo de favorecer al enemigo del art. 24.2.º CPM, con pena de 15 a 25 años de prisión (*el militar que se fugare de sus filas con el propósito de favorecer al enemigo y el ánimo de incorporarse a él*). Consideramos que la respuesta correcta estará entre las dos últimas, según los casos.

⁴⁸ Nótese que las penas en ese art. 24 CPM (15-25 años) son superiores a las de la inducción a la desertación del art. 582.2.º CP (12-20 años), en la línea lógica de castigar más al autor (quien deserta) que al partícipe (quien le induce a ello).

⁴⁹ Cfr., por todos, Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2638, 2641 y 2642; Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1601.

⁵⁰ El precedente de este artículo en el CPTR73, art. 121.3.º, así como el art. 122.1.º y 3.º CPTR73 (a su vez precedente del art. 583.1.º y 2.º CP 95) añadían a la expresión *banderas enemigas* la de *banderas sediciosas o separatistas*, incluyendo así la posibilidad de una traición a la patria por parte de un enemigo interno con propósitos independentistas hacia el Estado español (guerra civil). La doctrina había agradecido esta supresión por la confusión que tal referencia implicaba con respecto a los delitos de rebelión (art. 472 CP 95)

contra España. Basta con que el suministro de personas, armas u otros recursos idóneos al enemigo lo realice el ciudadano con tal propósito (elemento subjetivo del injusto⁵¹), de manera que el delito se presenta como de simple actividad, de idoneidad objetiva y de tendencia⁵². En este número 3.º, la *gente* que se reclute para incorporarla al ejército enemigo, a diferencia del art. 582.2.º CP, deberán ser personas que no formen parte de la *tropa española*, que no sean militares⁵³. A su vez, la referencia a los *medios eficaces* (para la guerra) podrá identificarse con instrumentos técnicos, personal especializado, financiación, apoyo logístico⁵⁴, incluso información, etc., aunque teniendo en cuenta lo previsto en los apartados 2.º y 3.º del

y sedición (art. 544 CP 95), y porque no casaba bien con el modelo político y de organización del Estado actual de nuestro país —¡!— (cfr. Portilla Contreras (1997), «Lección 62...», *cit.*, p. 919; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola (1998), «Capítulo 2...», *cit.*, p. 496; Prats Canut (1999), «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1637 *in fine* y 1638; Cobo del Rosal/Quintanar Díez (2004), «Lección 61...», *cit.*, p. 1147). A juicio de Guardiola Lago (2016), «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1954, 1955 *in fine* y 1956, esa *confusión y ambigüedad pretendida* eran propias de un régimen autoritario.

⁵¹ Cfr. Portilla Contreras, *ibidem*, p. 920. Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, *ibidem*, p. 498, hablan de *dolo específico*.

⁵² En sentido parecido, *vid.* Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 687: este delito del art. 582 CP es, en general, de peligro o consumación anticipada. Nosotros proponemos el siguiente ejemplo: un grupo de ciudadanos españoles de ascendencia marroquí, extremistas religiosos, deciden adquirir una gran cantidad de explosivos en el mercado negro y enviarlos al Gobierno del país alauita expresamente para que este pueda emprender acciones hostiles contra España. El delito quedará consumado con el simple envío de suministros bajo dicho propósito (peligro, idoneidad objetiva, tendencia) sin que sea necesario que Marruecos inicie tales hostilidades, ni que emplee las armas, etc. —por ejemplo, porque el Gobierno de ese país pone en conocimiento de España los hechos de traición y ayuda a la persecución de los culpables—. A su vez, Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 920, y Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2640, precisan que, en lo referente a la conducta de suministro, ha de haberse producido la entrega de las armas o medios para entender realizado el tipo. Si dicha entrega (señalan los autores) hubiera tenido lugar mediante una compraventa y posterior envío del armamento al enemigo, se entendería como cometido el hecho *en el lugar donde se ejecuta la acción* (art. 7 CP): es decir, entendemos, el lugar desde el que se produce el envío.

⁵³ Cfr. Blecua Fraga, *El delito de traición...*, *cit.*, p. 86. Asimismo Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1637: el tipo se referirá a gente que *no trabajaba para nuestro país*; igualmente Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1148; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1954; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 732. Por su parte, Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 920, y Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2640, incluyen en el término típico ambas categorías: integrantes del ejército español y personas que aún no hayan adquirido la condición de militar.

⁵⁴ *Vid.* Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 496. Para Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1954, la indeterminación de tal expresión típica (*otros medios eficaces para hacer la guerra a España*) podría hacer peligrar el principio de legalidad.

precepto siguiente, art. 583 CP, con los que el concurso de normas está servido (*vid. infra*).

Por otro lado, este art. 582.3.º CP habrá de distinguirse igualmente del tipo recogido en el art. 595 CP, que sanciona la acción de *levantar tropas en España para el servicio de una potencia extranjera, cualquiera que sea el objeto que se proponga o la Nación a la que intente hostilizar, sin autorización legalmente concedida*. Debe entenderse que, a diferencia de los delitos de traición, en este art. 595 CP no se requiere un elemento de perjuicio directo para nuestro país en un contexto militar o bélico que nos involucre,⁵⁵ por lo que el tipo sería solo *de peligro* para la paz y la seguridad (con una pena menor, de 4 a 8 años de prisión)⁵⁶. Más bien lo que conforma el contenido de injusto de la conducta es la ausencia de autorización legal para el reclutamiento y la asignación de una misión concreta a las tropas, lo que perfila una modalidad de rebelión contra las autoridades militares españolas⁵⁷.

Pasando a continuación al art. 583 CP, se recogen en este segundo precepto con idéntica pena (12 a 20 años de prisión) otras conductas de colaboración con el enemigo militar, si acaso como participaciones más directas en el enfrentamiento contra España que en el precepto anterior⁵⁸. Se trata de:

⁵⁵ Así, Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2662. A su juicio, por otro lado, la diferencia entre dicho art. 595 CP y la modalidad del art. 582.2.º CP (inducción a la desertión de tropa española) es que en aquel las tropas son de nueva creación, mientras que en el tipo de traición las fuerzas militares allegadas ya estaban previamente constituidas y al servicio de España.

⁵⁶ En sentido parecido, *vid.* Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 62...», *cit.*, pp. 1161 y 1162: no se exige que la potencia extranjera sea *enemiga*, lo que constituiría una traición, pero sí que exista un riesgo concreto para la paz e independencia del Estado (bienes protegidos). A su vez, Portilla Contreras, «Lección 63...», *cit.*, p. 932, Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 738, y Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 743, hablan en este caso de delito de peligro abstracto.

⁵⁷ Por su parte, Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1647, Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2662, y Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1609, sostienen que la conducta típica debe conllevar una finalidad de hostilidad hacia alguien (nación, pueblo, tribu, etc.), excluyéndose por tanto aquel reclutamiento no autorizado que se realice para operaciones humanitarias. El tipo abarcaría, por ejemplo, la contratación de tropas mercenarias para su intervención en conflictos armados en los países del Tercer Mundo (cfr. Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 743).

⁵⁸ Cfr. Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, pp. 919 y 921, Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1638, y Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2641, criticando además el exacerbado casuismo de este delito y del anterior y el solapamiento frecuente entre las conductas de ambos artículos. Con la misma observación, *vid.* Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1146; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1955 y 1956.

Art. 583.1.º CP: *Tomar las armas contra la Patria bajo banderas enemigas*⁵⁹. De acuerdo con la RAE, la conducta de *tomar las armas* hace referencia a *iniciar un enfrentamiento armado*⁶⁰, pero deberá interpretarse aquí más bien en el sentido de adquirir la condición de combatiente⁶¹, de alistarse o integrarse el sujeto en el ejército contrario, en sus cuadros o unidades armadas (desde luego no en los servicios auxiliares de enfermería, cocinas, transporte o correo, etc.)⁶². A su vez, se impondrá la pena superior en grado cuando el traidor actúe *como jefe o promotor* del enfrentamiento, *o tenga algún mando, o esté constituido en autoridad*. En estos dos últimos casos se entiende que tal mando o autoridad se ostentarán ya en el seno del ejército enemigo, y no formando parte del ejército español (que sería el que le correspondería al sujeto por nacionalidad o residencia). Por otro lado, tanto la condición de *jefe o promotor* como la de detentador de *algún mando o autoridad* deben significar en dicho precepto participar directamente en las acciones bélicas, y no solo inducir a otros al enfrentamiento⁶³.

Mucho menos grave, en cambio, y por ello sancionada con una pena exclusivamente de multa entre 6 y 12 meses, resulta la conducta de *pasar o intentar pasar a país enemigo, estando en el territorio nacional, cuando lo*

⁵⁹ Señalan Blecua Fraga, *El delito de traición...*, cit., p. 88, y Baucells Lladós, «Título XXIII...», cit., p. 2642, que esta conducta constituye probablemente la más primitiva modalidad de traición conocida, pues ya los textos romanos más antiguos la mencionaban.

⁶⁰ Prats Canut, «Título XXIII...», cit., p. 1638 (asimismo, Baucells Lladós, *ibidem*) lamenta que el legislador haya vulnerado el criterio de proporcionalidad al configurar estos delitos de favorecimiento al enemigo, castigando con la misma pena, por ejemplo, dicha conducta de *tomar las armas contra España* y la menos grave de simplemente reclutar gente para integrarla en las tropas extranjeras, del art. 582 CP, apartados 2.º y 3.º. En sentido similar, vid. Guardiola Lago, «Título XXIII...», cit., p.1956: no debe equipararse en la pena suministrar material útil a las filas enemigas y servir las personalmente. A nuestro juicio podría discutirse, en cambio, si este comportamiento de *tomar las armas*, que parece referirse exclusivamente a la acción individual del sujeto, no debería recibir *menos* pena que la conducta de alistar o allegar a otros para enfrentarse a España desde las filas enemigas.

⁶¹ Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», cit., p. 1148; Peris Riera, «Capítulo 73...», cit., p. 1601; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», cit., p. 733.

⁶² Vid. Blecua Fraga, *El delito de traición...*, cit., pp. 88 *in fine* y 89; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», cit., p. 497. No será preciso, empero, que tal alistamiento o integración en el ejército rival como combatiente implique (literalmente) empuñar físicamente las armas; de hecho, generalmente los jefes, promotores o mandos no lo harán. Así, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, *ibidem*; Guardiola Lago, «Título XXIII...», cit., p.1956. En contra, Baucells Lladós, «Título XXIII...», cit., p. 2642: la prohibición de analogía desfavorable al reo obliga a incluir en este tipo solo a quienes desarrollen su actividad en los campos de batalla en contacto físico con las armas; sin perjuicio de que otros colaboradores (técnicos, asesores, etc.) respondan penalmente por algún otro de estos preceptos.

⁶³ Vid. Portilla Contreras, «Lección 62...», cit., p. 921; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», cit., p. 1148.

haya prohibido el Gobierno. Tal comportamiento, tipificado en el art. 597 CP como un delito *que compromete la paz o la independencia del Estado* (Capítulo II del Título XXIII, Libro II CP) no implica por sí mismo, en absoluto, el pasarse a las «banderas enemigas» que prevé ese art. 583.1.º CP⁶⁴, ni tampoco necesariamente un perjuicio directo para los intereses militares o de defensa españoles. Posiblemente el art. 597 CP pretende tan solo evitar que los ciudadanos españoles o extranjeros se fuguen del país en unas circunstancias (de guerra, conflictos o desórdenes graves, etc., pues el Gobierno habrá prohibido la salida de España...) en las que sería más recomendable o incluso necesario para la paz y seguridad permanecer en él⁶⁵.

Art. 583.2.º CP: *Suministrar a las tropas enemigas caudales, armas, embarcaciones, aeronaves, efectos o municiones de intendencia o armamento, u otros medios directos y eficaces para hostilizar a España, o favorecer el progreso de las armas enemigas de un modo no comprendido en el artículo anterior.* Al comparar este precepto con el número 3º del art. 582 CP, ya analizado (que se refería a *suministrar al enemigo armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España*), debemos considerar que la diferencia, desde luego sutil, ha de hallarse en el contexto. De esa manera, mientras que en aquel apartado el legislador estará pensando en una situación de guerra potencial, eventualmente futura pero aún no declarada, en este otro art. 583.2.º CP la coyuntura ha de ser ya de hostilidades abiertas, de enfrentamiento iniciado, pues se trata de proveer de recursos *a las tropas enemigas* y de favorecer de la forma que sea *el progreso de tales armas enemigas*. En otro caso, realmente no se vislumbraría en qué se distinguen una conducta de la otra (y por otra parte, ambas llevan aparejada la misma pena)⁶⁶. El último inciso del art. 583.2.º comporta, de hecho, una cláusula de subsidiariedad expresa en relación al art. 582 CP, al pretender

⁶⁴ Según Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2665, entre este art. 597 CP y el art. 583.1.º CP (*tomar las armas contra la patria*) se plantearía un concurso de delitos, pues ambos preceptos protegerían bienes jurídicos distintos. En nuestra opinión resultaría más acertada la solución del concurso de normas, siendo preferente el art. 583.1.º CP por especialidad, subsidiariedad y alternatividad (art. 8 CP).

⁶⁵ Cfr. Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1649; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 62...», *cit.*, p. 1163; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2665.

⁶⁶ Para Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1638 *in fine* y 1639, *no se alcanza a ver la línea divisoria entre ambos supuestos legales*; igualmente Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 921 (este art. 583.2.º CP sería secundario (subsidiario) respecto al art. 582.1.º y 3.º CP); Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1149; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2642 *in fine* y 2643. Del mismo modo, Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1956, en cuya opinión tal modalidad debería haberse integrado en el propio art. 582 CP.

recoger cualquier otra forma en que se ayude al avance de las tropas extranjeras *de un modo no comprendido en el artículo anterior*⁶⁷.

Este delito del art. 583.2.º CP es también, como los precedentes, de mera actividad y de idoneidad lesiva con respecto al bien jurídico de *la paz*, por lo que no resulta preciso que gracias a la aportación del sujeto se llegue a hostilizar eficazmente a España, ni que las tropas enemigas progresen o salgan victoriosas⁶⁸; no obstante, el conocimiento de esa posibilidad ha de integrar el dolo⁶⁹. El término legal de *caudales* se referirá a sumas de dinero, medios de financiación económica, créditos, etc.⁷⁰.

Art. 583.3.º CP: *Suministrar al enemigo planos de fortalezas, edificios o de terrenos, documentos o noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas*. En relación con esta conducta se percibe un concepto de acción militar bastante territorial, pegada al terreno; si bien, en los nuevos escenarios de la guerra tecnológica, de informaciones, etc., qué duda cabe que también se podrá favorecer al enemigo de la patria proporcionándole *documentos o noticias*, como bien expresa el tipo, que pongan en jaque la seguridad nacional⁷¹. Se trata aquí prácticamente de un comportamiento de espionaje⁷², aún más grave que el previsto en el art. 584 CP (*vid. infra*) por realizarse en el marco de un conflicto bélico⁷³.

⁶⁷ Guardiola Lago, *ibidem*, critica esta fórmula típica por atentar contra el principio de legalidad.

⁶⁸ De forma compatible con lo dicho, consideran Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 498, Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 689 y Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1956, que las acciones típicas de *suministrar o favorecer* son de resultado y admiten la tentativa.

⁶⁹ Por el contrario sostienen Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, *ibidem*, y Fernández Rodera, *ibidem*, que en este art. 583 CP *el móvil es indiferente* y el dolo, genérico.

⁷⁰ Por todos, Blecua Fraga, *El delito de traición...*, *cit.*, p. 87; Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 921; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2642.

⁷¹ Por ejemplo, se suministran al país extranjero las claves o programas que protegen y sirven para gestionar las infraestructuras básicas en España (transportes, sistema de salud, agencia tributaria y tesorería estatal, etc.), con el fin de posibilitar a ese enemigo que nos haga objeto de un grave ataque cibernético (*vid. art. 264.2.4.ª CP*).

⁷² *Vid.* Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 497; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2643; Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 689; Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1602; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 739. En opinión de Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, pp. 921 *in fine* y 922, y Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1957, la conducta, que ha de ser clandestina y guiada por la intención de favorecer al enemigo, conforma más bien un delito de *traición* que de espionaje en el sentido jurídico-internacional del término, ya que el autor tiene que ser un español. Con la misma conclusión, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1149.

⁷³ *Vid.* Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1639; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 499. Asimismo Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*,

Pese a la mención legal de que tales informaciones y noticias «conduzcan *directamente* al mismo fin de hostilizar a España», la naturaleza de este tipo sigue siendo de mera idoneidad objetiva, sin que sea preciso para la consumación que se produzcan hostilidades concretas o el progreso efectivo de las armas enemigas.

Art. 583.4.º CP: *Impedir, en tiempo de guerra, que las tropas nacionales reciban los auxilios expresados en el número 2, o los datos y noticias indicados en el número 3 de este artículo.* Las citadas «tropas nacionales» han de ser, obviamente, *españolas*. Por otro lado, tal remisión a los conceptos de suministro de caudales, armas, embarcaciones u otros medios, datos, noticias, etc. no ha de interpretarse *exactamente* en el sentido expresado por los anteriores números del precepto, como suministros ilícitos al proceder de sujetos o Estados traidores, sino como ayudas y provisiones favorables en general (por ejemplo, recursos internos, de otras partes de España que no estén ocupadas militarmente o en guerra; o procedentes de organizaciones internacionales en concepto de ayuda humanitaria, o de Estados aliados, etc.). El tipo se configura como un delito de resultado, de modo que el sujeto activo ha de haber impedido efectivamente la llegada de los medios de auxilio al ejército español⁷⁴.

Para finalizar el análisis de estos arts. 582 y 583 CP han de ser mencionados algunos otros preceptos del Título XXIII en los que, con menor pena, se sancionan comportamientos igualmente peligrosos para la paz y la independencia del Estado. Es el caso, en primer lugar, del art. 591 CP, por el cual se incrimina al que *durante una guerra en que no intervenga*

p. 922; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1149; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2644 *in fine* y 2645; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1959, y Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.*, p. 1602: a juicio de todos estos autores, otra de las diferencias con respecto al art. 584 CP es que tal precepto, al contrario que el art. 583.3.º CP, requiere que la información proporcionada al país o ente extranjero esté clasificada como reservada o secreta. También Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 733, resalta sobre todo esta última diferencia. Portilla Contreras, *ibidem*, p. 923, señala que también este art. 583.3.º CP podría desplazar al art. 584 CP si la información suministrada al enemigo no implicara un peligro potencial para la seguridad o defensa nacional. Tal posibilidad nos parece en todo caso rara (remota), ya que el propio art. 583.3.º CP se refiere a una conducta guiada por la finalidad de hostilizar a España o favorecer el progreso del enemigo (= peligro para nuestra seguridad y defensa...).

⁷⁴ *Vid.* Blecua Fraga, *El delito de traición...*, *cit.*, p. 89 (la conducta de obstrucción ha de tener *entidad suficiente para impedir* esos auxilios); Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 498; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1150; Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 689; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 733. Según Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 922, Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2643, y Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1958, la acción del sujeto activo ha de ser realmente la causa de la interrupción.

España, ejecutar cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla. En la práctica, este precepto se plantearía como un tipo subsidiario y menos grave con respecto a muchas de las conductas anteriores constitutivas de traición, ya que varias de las formas en las que se comprometería la neutralidad del Estado se asemejarían al comportamiento de esos otros tipos delictivos (*v.gr.*, en una contienda que enfrentase a dos países extranjeros y en la que España no interviniera, se pondría en juego dicha neutralidad si se suministrara a uno de dichos países tropas, caudales, armas... —art. 583 CP—). Por consiguiente, aquel art. 591 CP quedará disponible para albergar comportamientos de menor gravedad que los ya mencionados (que son auténticamente de traición) pero que sean capaces de poner seriamente en entredicho, o incluso de *echar por tierra* la postura internacional de no intervención en el conflicto que haya adoptado España⁷⁵.

En segundo lugar, se establece otro concurso de normas con los preceptos anteriores en el caso del art. 596 CP: tal delito, también de deslealtad hacia España, consiste en *tener correspondencia* ⁷⁶ *con un país enemigo*

⁷⁵ Para la consumación de este delito del art. 591 CP, de *puesta en peligro de la neutralidad* , no es preciso, en fin, que se llegue a inducir o a producir efectivamente una declaración expresa de guerra contra España por parte de alguno de los países en conflicto (*vid.* por todos *Prats Canut* , «Título XXIII...», *cit.* , p. 1644) —si así ocurriera, podría plantearse un concurso de normas, como hemos dicho, con los arts. 581 y 590 CP—. Este aspecto ha llevado a parte de la doctrina a estimar el tipo del art. 591 CP como de peligro abstracto: *cfr.* Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.* , p. 510; Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.* , p. 707; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.* , p. 738. Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.* , p. 2655, y Peris Riera, «Capítulo 73...», *cit.* , pp. 1607 y 1608, parecen inclinarse por la categoría de delito de peligro concreto. Sin embargo, la remisión que dicho precepto 591 CP efectúa a las penas del artículo precedente, 590 CP, *en sus respectivos casos* inclina a pensar que aquel contemplaría también las dos modalidades, en función de que los terceros países en conflicto entre sí llegaran o no a declarar la guerra a España (*vid. supra*, comentario al art. 590 CP). Por consiguiente consideramos, como Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.* , p. 1968 *in fine* , que el delito del art. 591 CP sería de peligro o de lesión al bien jurídico (*paz*) según los casos, dependiendo de si se acabara rompiendo o no, por la acción del sujeto, la citada neutralidad de España. En línea parecida, con el mismo argumento, Portilla Contreras, «Lección 63...», *cit.* , p. 930 (el tipo es de resultado).

⁷⁶ En plena era de la información y la comunicación digital, esa *correspondencia* en la que consiste la acción típica tendría que poder tener lugar por cualquier medio, escrito o audio-visual: no solo por el clásico correo postal (que es a lo que parece referirse literalmente el término) sino también por correo electrónico, mensajería instantánea vía internet, teléfono, vídeo-llamada, etc. En cualquier caso, el principio de taxatividad penal y la prohibición de analogía *in malam partem* obligan a restringir el concepto a la correspondencia por escrito (así, Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.* , p. 518; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 62...», *cit.* , p. 1162, y Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.* , p. 739), con el consiguiente anacronismo de este tipo penal. Sobre ello, *vid.* también Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.* , p. 1975.

u ocupado por sus tropas (las tropas del enemigo) cuando el Gobierno lo hubiera prohibido, en tiempo de guerra y con el fin de comprometer la paz, seguridad o independencia del Estado. En concreto el apartado 3 de este art. 596 CP se refiere al supuesto de que el sujeto activo *se proponga servir al enemigo con sus avisos o noticias*: para ese particular, el propio precepto contiene una regla de subsidiariedad expresa con respecto al art. 583 CP, ya analizado, remitiendo a la aplicación preferente de sus apartados 3.º o 4.º según corresponda. Ciertamente, el individuo español o extranjero residente⁷⁷ que mantenga correspondencia prohibida con el enemigo para servirle con sus avisos, *en tiempo de guerra y con el fin de comprometer la paz del Estado español* estará así *suministrando documentos o noticias a dicho enemigo con el fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas* (art. 583.3.º CP)⁷⁸. Y en efecto, la pena del art. 583 CP (prisión de 12 a 20 años) resulta muy superior a la de ese art. 596 CP (prisión de 1 a 5 años, elevada a la de 8 a 15 años si de tal correspondencia pudiera simplemente «aprovecharse el enemigo»: art. 596.1 CP, último inciso⁷⁹).

Más difícil parece el encaje, sin embargo, de tales acciones ilícitas de correspondencia en la conducta del art. 583.4.º CP: a saber, *impedir que las tropas nacionales reciban (...) los datos o noticias indicados en el número 3 de este artículo*. No obstante, si al comunicarse el sujeto remitente con el enemigo le suministrara una información que, de esa manera, se sustrajese al conocimiento del propio Estado español, su comportamiento hallaría efectivamente cabida en dicho apartado 4.º del art. 583 CP (además de en el apartado 3.º).

⁷⁷ Recordemos que se exige esta condición especial en el autor de los delitos de traición del Capítulo I, Título XXIII del Libro II CP (*vid.* arts. 583 y 586 CP), por lo que la misma ha de concurrir en el autor de la correspondencia prohibida para que proceda efectuar dicha aplicación preferente del art. 583.3.º y 4.º CP (*cf.* Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1976).

⁷⁸ Se manifiesta de acuerdo Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 744. Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2664, menciona en tal caso el elemento subjetivo del *animus hostilis* hacia España, propio de los delitos de traición.

⁷⁹ Tal conducta, de hecho, se aproximaría más a la del delito de espionaje internacional del art. 584 CP (*vid. infra*), lo que explica por qué la pena en este art. 596.1 *in fine* CP incluso supera a la de ese precepto (prisión entre 6 y 12 años). Para Portilla Contreras, «Lección 63...», *cit.*, p. 932, este último inciso del art. 596.1 CP sería contrario al principio de responsabilidad subjetiva (art. 5 CP), pues parece referirse a un comportamiento que no implica ni dolo (es decir, propósito expreso de servir al enemigo: acudiríamos entonces al art. 596.3 CP), ni imprudencia.

4. EL DELITO DE ESPIONAJE INTERNACIONAL (ART. 584 CP)

Como tipo atenuado dentro de los delitos de traición a España, pues la pena alcanza solo los 6 a 12 años de prisión, se sitúa la conducta de espionaje internacional prevista en el art. 584 CP. Indica este precepto, de manera un poco redundante, que *será castigado como traidor* aquel español que, *con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional*⁸⁰. Estamos ante un tipo mixto alternativo que permite varias modalidades de comportamiento, de diversa gravedad⁸¹ (aunque todas ellas sancionadas con igual pena): a saber, simplemente hacerse con la información confidencial, falsearla alterando su contenido, inutilizarla (destruyéndola material o intelectualmente, o impidiendo de cualquier otra forma que la misma logre los fines para los que estaba prevista⁸²) o revelarla a terceros. Es posible también considerar que las acciones de procurarse y falsear la información (no tanto la de inutilizarla) conformarían más bien *actos preparatorios* de la conducta de revelar esa información a terceros, de tal manera que, si se produjeran todas ellas, aquellas como actos previos deberían entenderse subsumidas en la acción de revelación; a esta solución inclina asimismo la calificación del delito como tipo mixto alternativo⁸³.

Por otro lado, el delito se configura como de peligro abstracto para la seguridad o la defensa del Estado español, siendo estas los intereses jurídicos protegidos⁸⁴. Así, no es preciso que se produzca un efectivo daño a tales intereses estratégicos españoles (resultado material) para que se

⁸⁰ Teniendo en cuenta que el sujeto activo ha de ser un español, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1150, subrayan en este delito más la naturaleza de *traición* que la de espionaje.

⁸¹ Por todos, *vid.* Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1958.

⁸² *Vid.* Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 500.

⁸³ *Vid.* Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2644; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1958 *in fine* y 1959; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 739. Por el contrario, sostienen Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 500 (admitiendo incluso el concurso real) y Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 691, que podría apreciarse un concurso ideal medial entre las diversas acciones.

⁸⁴ *Vid.* Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 923, y Baucells Lladós, *ibidem*, p. 2645, según los cuales, además, el riesgo para esa *seguridad* ha de interpretarse como la creación de una situación en la que fuese factible que un país extranjero emprendiera acciones armadas contra España. Véanse también Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1150, y Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 734, aunque estos considerando el delito como de peligro *concreto* contra tales bienes jurídicos.

consume el delito, sino que basta con que la conducta realizada y la información manejada tengan entidad suficiente para crear un peligro *ex ante*, que sean capaces potencialmente de ocasionar dicho perjuicio (idoneidad potencial)⁸⁵.

En cuanto a esa información que se falsea, difunde, etc., como objeto material de la conducta, esta ha de venir *clasificada como reservada o secreta*. Nos encontramos por lo tanto ante una norma penal en blanco, dado que habrá que consultar en cada caso la normativa administrativa pertinente para comprobar si los datos manejados por el sujeto activo se integran en tal categoría. A priori, la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los secretos oficiales⁸⁶, establece en su art. 2.º que *podrán ser declaradas «materias clasificadas» los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado*. En cualquier caso, el TS ha estimado que el art. 584 CP no plantea ningún riesgo de los que eventualmente pudieran derivarse de una norma penal en blanco, ya que en tal precepto la norma de conducta impuesta y, por lo tanto, el ámbito de lo prohibido se deducen sin dificultad desde la primera aproximación al tipo. A juicio del Supremo, además, lo más relevante en orden a la protección penal de esa información clasificada será su naturaleza y contenido, más que el soporte o formato en el que venga registrada⁸⁷.

⁸⁵ Así lo señaló el TS en su Sentencia de 10/12/2010 (TOL2.012.440). En el caso de autos, un antiguo miembro del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) de nacionalidad española, contactó de forma clandestina con el consejero de la Embajada de la Federación Rusa en España para ofrecerle una amplia información perteneciente al Centro, clasificada legalmente como secreta (según la Ley 9/68, de 5 de abril, de los Secretos Oficiales, y la Ley reguladora del CNI de 6 de mayo de 2002). De tal documentación se había ido haciendo acopio ilícitamente el exagente español durante sus años de servicio. A pesar de los contactos establecidos con el diplomático ruso, no se llegó a producir la entrega del material a este; no obstante, el TS entendió consumado el delito del art. 584 CP en la modalidad de *procurarse* la información, habida cuenta de que algunos de tales datos secretos habrían supuesto efectivamente, de haber caído en manos de una potencia extranjera, un peligro grave para la seguridad nacional y la defensa españolas. *Vid.* también Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 500 *in fine*; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2645; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1959; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 734.

⁸⁶ Norma modificada a su vez por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, y desarrollada por RD 242/1969, de 20 de febrero. Se trata de una de las pocas disposiciones del periodo franquista que aún siguen vigentes y cuya derogación se pretende en la legislatura en curso.

⁸⁷ *Vid.* STS de 10/12/2010, citada. Por consiguiente, podrían protegerse mediante este tipo incluso datos secretos que, sin constar por escrito ni estar incorporados a soporte u objeto alguno, sean conocidos por el sujeto activo y revelados indebidamente a terceros de forma oral, verbalmente. De la misma opinión, *vid.* Portilla Contreras, «Lección 64...», *cit.*, p. 938, aunque en relación al art. 598 CP.

Este art. 584 CP es un tipo doloso, debiendo ser consciente el autor tanto del carácter secreto o reservado de la información conseguida, falseada..., como de su trascendencia en relación con la seguridad y la defensa del Estado español (puesto que su revelación, destrucción, etc., podría perjudicar dichos intereses). A su vez, el delito exige un elemento subjetivo del injusto⁸⁸ consistente en la intención de *favorecer a una potencia extranjera, a una asociación o a una organización internacional*, si bien no es necesario que se llegue a materializar ese beneficio para la satisfacción del tipo, pues se trata de un delito de tendencia. Podría discutirse si el vocablo *asociación u organización internacional* albergaría, además de a los sujetos de derecho internacional legales (ej., la OTAN, el Mercosur, la *Commonwealth*...) también a organizaciones criminales con ese alcance: *v.gr.*, grupos paramilitares que controlen el territorio de más de un Estado, terrorismo internacional como el *ISIS*, *Al Qaeda*, etc. Nada parece obstar a esta posibilidad de interpretación extensiva del tipo, sin que ello suponga analogía *in malam partem*.

Por otro lado, debe recordarse que el CPM incluye en su art. 25, como delito de espionaje militar, una conducta a medio camino entre las descritas en los arts. 583.3.º y 584 CP, por la que se castiga con prisión de 10 a 20 años al *extranjero que, en situación de conflicto armado, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional*. Para el caso de que el autor de dicho comportamiento resultase ser un militar español, se le sancionaría por la vía del delito de traición militar, previsto en el art. 24 CPM, con una pena de 15 a 20 años de prisión (art. 25.2 CPM). Tales preceptos serán de aplicación preferente al art. 584 CP cuando la conducta se lleve a cabo por parte del extranjero o del militar español en tiempo de guerra (*en situación de conflicto armado*)⁸⁹.

Finalmente, el delito de espionaje previsto en el art. 584 CP concurrirá con otros dos preceptos contenidos en el Título XXIII CP, como son los arts. 592 y 598 CP. En cuanto al primero de ellos, se trata de un tipo cuyo

⁸⁸ Afirmar tal naturaleza Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2646 (que se refiere a dicho elemento como un *animus hostilis*, de perjudicar a la nación) y Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1959. Por otro lado, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1151, consideran esa intención como parte de un dolo general más amplio.

⁸⁹ Cfr. Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 500; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, *ibidem*, p. 1150; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2644 (todos estos autores anteriores, en relación con el antiguo CPM, LO 13/1985, de 9 de diciembre); Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1960.

bien jurídico protegido es de nuevo la independencia y la soberanía del Estado español, ya que se refiere a quien *mantuviera inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, Organismos o Asociaciones internacionales o extranjeras*, todo ello *con el fin de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España*. Tal conducta asimismo de traición a la fidelidad y adhesión debidas a la patria⁹⁰ revestirá menor gravedad que la prevista en el art. 584 CP, atendiendo a la disparidad de las penas: a saber, prisión de 4 a 8 años en este art. 592 CP frente a prisión de 6 a 12 años en el art. 584 CP. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el delito de espionaje, en este art. 592 CP no bastará con manejar la información comprometida para el Estado español (*procurársela, falsearla, destruirla*, etc., se decía allí), sino que el contacto y relación con el gobierno u organización extranjera ya ha tenido que tomar forma, pues se habla de *mantener inteligencia*. En tal sentido, la conducta de revelar la información confidencial o secreta sí podría encajar, a priori, en uno o en otro artículo, siempre y cuando fuera posible con ello *perjudicar la seguridad o la defensa nacional* (art. 584 CP) o, de manera bastante parecida, *perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España* (art. 592 CP).

Por consiguiente, la manera más coherente, a nuestro juicio, de distinguir ambos ilícitos pasa por tener en cuenta tres elementos diferenciadores: en primer lugar, se trata de reservar el art. 584 CP para aquellos casos que realmente atenten contra la seguridad y defensa nacionales (*v.gr.*, manejo de información sobre relaciones internacionales, sistemas de seguridad, operaciones militares o de protección de fronteras, etc.), mientras que se aplicará el art. 592 CP cuando la inteligencia intercambiada u otros contactos, aunque también graves⁹¹, solo puedan afectar a la autoridad o dignidad

⁹⁰ A juicio de Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, *ibidem*, p. 512, y Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 709, tal conducta típica de *mantener inteligencia* no llegaría a ser espionaje (en el sentido de una conducta *taimada* u *oculta*), sino que se quedaría en *actos más ostensibles y evidentes*. De opinión semejante, Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2657: el art. 592 CP incluirá asimismo conductas no ocultas ni continuadas.

⁹¹ A juicio de Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 62...», *cit.*, p. 1160, dicho comportamiento de *mantener inteligencia*, para ser típico, ha de reunir la suficiente idoneidad potencial con vistas a comprometer la paz del Estado. Según Portilla Contreras, «Lección 63...», *cit.*, p. 930, por su parte, en este art. 592 CP no se sabe cuál es el bien protegido, pues ni la dignidad del Estado ni sus *intereses vitales* tienen *per se* la entidad de bienes jurídico-penales; esto convierte el precepto en inconstitucional (¡!). Cierto es que, en pro del principio de legalidad y taxatividad penal, debía haberse determinado con más precisión cuáles serían dichos *interés vitales*: a saber, ¿económicos o comerciales, de relaciones diplomáticas con otros Estados, de prestigio internacional...?

del Estado o a otros intereses vitales distintos de la seguridad y defensa. A su vez, la segunda diferencia reside en el plano subjetivo de los delitos, pues solo el del art. 584 CP exige una intención de *favorecer a una potencia extranjera*, mientras que el del art. 592 CP menciona únicamente el propósito de *perjudicar la autoridad del Estado*⁹². Y el tercer aspecto distintivo concierne a la condición del sujeto activo, que en el art. 584 CP ha de ser un español o un extranjero residente en España⁹³.

Por lo que hace al art. 598 CP, este delito de descubrimiento y revelación de secretos acerca de la defensa nacional se asemeja todavía más que el anterior al tipo de espionaje del art. 584 CP. Por tal precepto se sanciona a quien, «*sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelar, falsear o inutilizar información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar*». Los verbos típicos coinciden con los previstos en el art. 584 CP (procurarse, falsear, inutilizar o revelar), así como el objeto material de la conducta en general, que también aquí consiste en *información legalmente calificada como reservada o secreta*. En cuanto al contenido sobre el que debe versar dicha materia reservada, este art. 598 CP lo concreta algo más que el anterior precepto, indicando expresamente que la información se referirá a la *seguridad o defensa nacionales, o a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar*. La diferencia esencial entre uno y otro delito y que nos ayudará a resolver el concurso de normas reside, de hecho, en el aspecto subjetivo, dado que este art. 598 CP, al contrario que el art. 584 CP (que es un tipo de *traición*), excluye expresamente que el sujeto desleal actúe con *el propósito de favorecer a una potencia extranjera*⁹⁴. La pena aquí, en correspondencia, es mucho menos grave que la del art. 584 CP: a saber, prisión de 1 a 4 años.

⁹² No obstante, puede pensarse fácilmente que dicho propósito del art. 584 CP de beneficiar al país extranjero va implícito también en la conducta de mantener inteligencia o relación con su gobierno, por lo que se difumina aún más el límite entre ambos tipos. En cualquier caso, para cuando el autor de la conducta del art. 592.1 CP haya actuado *con la intención de provocar una guerra o rebelión*, el apartado 2 del precepto remite a los arts. 581 CP (traición), 473 o 475 CP (rebelión).

⁹³ *Vid.* por todos Baucell Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2657: el delito del art. 592 CP es común.

⁹⁴ Cfr. Portilla Contreras, «Lección 62...» y «Lección 64...», *cit.*, pp. 923 y 942; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 501; Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 63...», *cit.*, p. 1167; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2646 y 2671; Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 723; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 743, y Muñoz Conde, *Derecho Pe-*

5. EL DELITO DE DECLARACIÓN ILÍCITA DE GUERRA (ART. 588 CP)

Finalmente, también contiene una modalidad de traición a los intereses del Estado español el último precepto del Capítulo I, Título XXIII CP, art. 588 CP, puesto que en él se castiga a *los miembros del Gobierno que, sin cumplir con lo dispuesto en la Constitución, declararan la guerra o firmaran la paz*. La pena es idéntica a la del art. 581 CP, prisión de 15 a 20 años, y como en aquel precepto, la expresión *declarar la guerra* ha de entenderse en el sentido amplio y más acorde con la realidad actual de iniciar materialmente una contienda, con independencia de los actos formales con que tales acciones se acompañen⁹⁵.

A estos efectos, dispone el art. 63.3 de nuestra Carta Magna, en el Título II dedicado a *la Corona*, que *al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz*. De ello se deduce que, en sintonía con el papel representativo que juega el monarca en nuestro sistema de Estado, aun correspondiéndole a él la competencia declarativa de la guerra, no ha de corresponderle la competencia decisoria. Esta última, según el art. 63.3 CE, pertenece a las Cortes Generales: Congreso y Senado. Por lo tanto, el delito tipificado en el art. 588 CP encuentra su contenido de injusto sobre todo en el hecho de no respetar la función y poder de decisión material atribuidos al poder legislativo, residente en las Cortes⁹⁶, más que en violar la competencia formal del rey. En tal sentido, aquella conducta que consistiera en declarar un ministro la guerra a otro país una vez tomada esa decisión por las Cortes, adelantándose a la tarea del rey, pese a constituir indudablemente un gravísimo acto de desacato y una usurpación de funciones no llegaría a merecer, entendemos, la pena prevista de 15 a 20 años de privación de libertad⁹⁷. En definitiva, este tipo

nal..., *cit.*, pp. 740 y 747. Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1960, apunta también a que el art. 598 CP contempla, frente al art. 584 CP, un delito común, cuyo autor puede ser español o extranjero, residente o no en nuestro país.

⁹⁵ *Vid.* Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2648.

⁹⁶ Así también Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 2648 *in fine* y 2649: «el elemento determinante para definir la conducta típica sería el emprendimiento de una guerra por parte del Gobierno español, sin contar con la previa autorización del Congreso de los Diputados y el Senado».

⁹⁷ De otra opinión, Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1963: este delito lo podrán cometer los miembros del Gobierno *en tres supuestos*, a saber, al emprender o finalizar una guerra *sin contar con la figura del Rey*, o sin la autorización previa de las Cortes Generales o sin respetar el procedimiento establecido en los arts. 74 y 94 CE.

del art. 588 CP conforma un delito contra la Constitución de tal magnitud que alcanza a ser una modalidad de traición al Estado⁹⁸.

Sujetos activos según el precepto podrán serlo tan solo el presidente del Gobierno o sus ministros, de lo que se deduce que el delito es especial propio⁹⁹. Y para perseguir una eventual responsabilidad penal de tales sujetos por este ilícito en concreto (como un delito de traición) será imprescindible, de acuerdo con el art. 102 CE, además de acudir frente al Tribunal Supremo, también que quienes planteen la acusación sean una 4.^a parte de los diputados del Congreso con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

6. DISPOSICIONES GENERALES

Tres de los últimos preceptos de este Capítulo I, Título XXIII, Libro II CP se destinan a establecer varias disposiciones aplicables a los tipos anteriores. De esa manera, el art. 585 CP prevé la punición de los actos preparatorios (*vid.* arts. 17 y 18 CP) para cualquiera de los citados delitos de deslealtad a la patria (excepto el del art. 588 CP)¹⁰⁰, señalando una pena inferior en uno o dos grados a la del tipo de consumación correspondiente.

A continuación, el ya citado *supra* art. 586 CP contiene una regla de extensión de la tipicidad¹⁰¹ para *el extranjero residente en España* que cometiere

⁹⁸ Así Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 740; Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 925; Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 502; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2648; Fernández Rodera, «Título XXIII. De los delitos de traición...», *cit.*, p. 699; Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 735. Por su parte Guardiola Lago, *ibidem*, pp. 1960 y 1963, estima que se trata más bien de un delito contra la Constitución, que debería ubicarse, por tanto, preferiblemente en el Título XXI, Libro II CP.

⁹⁹ Por todos, Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1152, y Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2648. Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1963, limita tal posibilidad esencialmente al presidente o al ministro de Defensa.

¹⁰⁰ Al hilo de lo que señala Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, pp. 918 y 924, parece que dicha cláusula no debería aplicarse tampoco al delito de traición previsto en el art. 581 CP. En efecto, al tratarse este de una *concertación para que se declare la guerra a España*, de castigarse respecto de tal delito la conspiración (art. 585 CP) se estaría sancionando *la conspiración de la conspiración*, lo que resultaría a todas luces inadmisibles (con idéntico criterio, Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, p. 731). Más acertado sería entender, como defiende también Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 738, que el art. 581 CP, como modalidad de conspiración elevada a delito independiente, desplazaría al art. 585 CP (concurso de normas). *Vid.* sobre ello igualmente Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, pp. 1960 *in fine* y 1961.

¹⁰¹ Para Guardiola Lago, *ibidem*, p. 1961, se trata de una cláusula de extensión *de la punibilidad*.

alguno de los delitos comprendidos en el Capítulo I. La sanción se rebajará en un grado con respecto a la señalada en cada caso para los nacionales, lo cual resulta comprensible si tenemos en cuenta que la fidelidad exigible a un ciudadano para con su país de acogida, aun existiendo, ha de ser menor que la que deban prestar los propios nacionales españoles¹⁰², ya lo sean estos por nacimiento o por adquisición posterior de dicha ciudadanía. No obstante, prevé el legislador que, en relación con *los funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales*, los tratados o el derecho de gentes puedan disponer otra cosa acerca de la pena que les será aplicable por sus conductas constitutivas de traición a España (art. 586 CP, *in fine*).

Otra cláusula de ampliación de los tipos penales de traición, en este caso por extensión de la figura del sujeto pasivo¹⁰³, es la que se recoge en el art. 587 CP. Indica el precepto que se aplicarán las mismas penas de los artículos anteriores a los que cometieren esos actos de traición pero *contra una potencia aliada de España, en caso de hallarse en campaña contra el enemigo común*¹⁰⁴. Se sobreentiende que tal comportamiento podrá ser perpetrado tanto por un español como por un extranjero¹⁰⁵. Una fórmula

¹⁰² De la misma opinión, Portilla Contreras, «Lección 62...», *cit.*, p. 924; Baucells Lladós, «Título XXIII...», *cit.*, p. 2647; Guardiola Lago, *ibidem*, pp. 1949, 1950 y 1961. Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1152, ponen en duda que en estos casos la denominación de *traición* sea la más adecuada. Por su parte, Núñez Castaño, «Lección XXIII...», *cit.*, pp. 730 y 735, habla aquí de traición *impropia*.

¹⁰³ Ventolá/Escudero/Ganzenmüller/Frigola, «Capítulo 2...», *cit.*, p. 504, mencionan que se ha llamado a esta figura, igualmente, *traición impropia* o *pseudotraición*; asimismo, Núñez Castaño, *ibidem*, pp. 730, 735 *in fine* y 736. Según Cobo del Rosal/Quintanar Díez, «Lección 61...», *cit.*, p. 1151, sujeto pasivo en tales casos continuará siéndolo el Estado español, y el aliado *indirectamente*.

¹⁰⁴ Por ejemplo, encontrándose España y el resto de los países de la Unión Europea en guerra con Rusia, un secretario de Estado español suministra información a los servicios secretos del país eslavo acerca de las actividades económicas y financieras de nuestros aliados franceses, alemanes, italianos, etc., así como sobre los propios planes militares y estratégicos de la UE (art. 583.3.º en combinación con este art. 587 CP). Si esta misma conducta se realizara, en cambio, sin encontrarse nuestros aliados y la propia España en guerra contra un enemigo común, no sería constitutiva de tal delito, sin perjuicio de que, seguramente, si hallaría castigo por parte de los ordenamientos penales y los tribunales de dichos países vecinos y amigos (Francia, Alemania, Italia, etc.). Estamos, quizá, ante una laguna legal reprochable al legislador español: sobre ello, *vid.* Bleuca Fraga (1983), *El delito de traición...*, *cit.*, p. 93, que vinculaba tal falta de regulación a la tradicional ausencia de nuestro país en los pactos que aliaron a los Estados del Este o del Oeste de Europa. Pero, en la actualidad, formando parte España tanto de la UE como de la OTAN, y a la vista de sucesos como la actual guerra entre Rusia y Ucrania con la intervención de dichas organizaciones, quizás habría llegado el momento de ampliar el tipo penal en este art. 587 CP también para tiempos de paz.

¹⁰⁵ *Vid.* Prats Canut, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1641; Guardiola Lago, «Título XXIII...», *cit.*, p. 1962.

semejante a la de este art. 587 CP es la que recoge el CPM para sus respectivos tipos penales de traición y otros, en su art. 32; sin embargo, tal norma castrense permite que, en lugar de imponerse *las mismas penas* a quienes atenten contra los intereses de la potencia aliada¹⁰⁶ que a los que ataquen directamente al Estado español, se apliquen en aquel caso *las penas inferiores en grado*.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los delitos de traición al Estado en el CP vigente, aun siendo unos tipos habitualmente olvidados por la doctrina, escasamente explicados en las aulas de nuestras Facultades de Derecho y prácticamente nunca aplicados en la vida real (contamos tan solo con una Sentencia del TS desde 1995...), no dejan de plantear algunos problemas dogmáticos, como ha quedado reflejado en las páginas anteriores. Particularmente destacables resultan los concursos de normas que con frecuencia, y debido en gran parte al estilo prolijo y casuístico de tipificación que ha empleado el legislador, se producen entre los diversos preceptos del Título XXIII, Libro II CP (referidos tanto a conductas específicas de traición como a otras dirigidas en general contra la paz, la independencia y soberanía o la seguridad y defensa de la nación española).

A partir del análisis de tales tipos de traición, procede plantear algunas propuestas *de lege ferenda* para el caso, seguramente hipotético, de que el legislador decida modificar estos delitos en un futuro:

- Así, en primer lugar, el delito de traición contenido en el art. 581 CP, al haber quedado anticuado en su redacción, debería ser reformulado para mostrarse más acorde con la realidad actual. En tal sentido convendría añadir a la expresión *declarar la guerra*, de un carácter muy formalista, la alternativa de *iniciar de facto un conflicto armado o guerra con España*. Igualmente, el término *potencia extranjera* habría de sustituirse por el más aséptico de *Estado*

¹⁰⁶ Por otro lado, se define en tal art. 32.2 CPM la potencia aliada como *todo Estado u Organización Internacional con los que España se halle unida por un Tratado o alianza militar o de defensa, así como cualquier otro Estado u Organización Internacional que tome parte en un conflicto armado contra un enemigo común, coopere en una operación armada o participe en una operación internacional coercitiva o de paz de acuerdo con el ordenamiento internacional, en las que tome parte España*. Como se aprecia, a diferencia del CP civil, en este caso no se exige necesariamente que la potencia aliada se encuentre en guerra o campaña contra un enemigo común para admitir que pueda ser víctima de traición por parte de un ciudadano español.

extranjero, y algo semejante debería ocurrir en otros preceptos del Título como los arts. 584, 590, 595 o 598 CP.

- En cuanto a los delitos de favorecimiento del enemigo (arts. 582 y 583 CP), consideramos que, a fin de evitar dudas interpretativas y solapamientos, los apartados 582.3.º y 583.2.º CP deberían fusionarse en uno solo, pues aquel tipifica conductas ya incluidas en este.
- También sería conveniente modificar el art. 592 CP, relativo al delito de *mantenimiento de inteligencia con gobiernos extranjeros*, con vistas a concretar cuáles podrían ser, de acuerdo con su tenor literal, *los intereses vitales de España* que deberían quedar comprometidos a efectos de que se pudiera apreciar este tipo.
- Por último, en cuanto a la cláusula de extensión de la tipicidad del art. 587 CP (llamada *traición impropia*, a una potencia aliada de España), se propone ampliar su alcance también fuera de los casos de campaña o guerra contra un enemigo común. De esa forma, tal y como ya hace el CPM (art. 32), se protegerían los intereses de seguridad y paz de aquellas naciones amigas de España incluso en tiempos de calma, frente a posibles actos de traición por parte de españoles o de extranjeros residentes en nuestro país.

Por otro lado, y como recomendación general a la hora de aplicar tales delitos de traición, es preciso recordar tres aspectos:

- De una parte, que estos tipos del CP común han de ser puestos de acuerdo en su ámbito de aplicación con los preceptos paralelos del CP militar. Este será de uso preferente cuando se den los requisitos exigidos: así, por ejemplo, en lo que respecta a las conductas de deserción del ejército español, si es un sujeto civil el que incita a militares a dicha deserción y, en su caso, a pasarse a las filas enemigas, se aplicará a tal individuo el art. 582.2.º CP; en cambio, al militar en concreto que deserte se le impondrán los arts. 24.2.º (si lo hace para incorporarse al enemigo) o 57 CPM, según corresponda.
- En segundo lugar, en la utilización práctica de estos preceptos del Título XXIII, Libro II del CP convendrá diferenciar correctamente entre unos artículos y otros, pues en muchas ocasiones, debido al ya mencionado casuismo del legislador, las descripciones típicas se asemejan mucho: por ejemplo, así ocurre con las conductas de los arts. 583.3.º CP (*suministrar al enemigo documentos o noticias para hostilizar a España o para favorecer a aquel*) y 596.3 CP (*en tiempo de guerra, tener correspondencia con el enemigo para servirle con los avisos o noticias*).

- Y en tercer lugar, los delitos de traición, y particularmente los de los arts. 581, 582 y 583 CP, han de ser interpretados y aplicados restrictivamente, dejando fuera del marco del tipo asuntos o conductas *de bagatela*. Ello se afirma sobre todo en atención a la elevada pena que llevan aparejada tales preceptos: a saber, de hasta 20 años de prisión, que es el límite máximo inicial para esta sanción en nuestro CP (*vid.* art. 36.2 CP).

Como se viene sosteniendo, los delitos del Título XXIII, Libro II del CP (en especial, los de sus Capítulos I y II) se han presentado hasta ahora como preceptos en desuso, prácticamente como conductas inimaginables en la vida cotidiana y propias de épocas pasadas (las ideas de *guerra*, *hostilidades* y *conflicto armado* nos parecían hasta hace poco añejas, surrealistas en la España actual)¹⁰⁷. Sin embargo, las vicisitudes de nuestro convulso tiempo histórico y los nuevos riesgos que implica la sociedad tecnológica, globalizada, de cambios hiperacelerados, con las democracias occidentales en serio peligro de colapso, nos hacen pensar en la posibilidad de una mayor importancia futura de tales tipos penales. Un buen ejemplo de esa posible mayor relevancia lo representa la actual situación de conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, con implicación directa de la OTAN y la UE y, de este modo, también de nuestro país¹⁰⁸; otro ejemplo sería el contexto permanente de tensión larvada con algunos de nuestros Estados vecinos, como Marruecos o Argelia. Así, podemos imaginar que en la práctica se diera una conducta constitutiva por ejemplo del art. 590 CP (*mediante actos ilegales o no autorizados, provocar o dar motivo a una declaración de guerra u hostilidades contra España o sus nacionales por parte de otra potencia*) si una alta autoridad del Estado español provocara con sus decisiones en materia diplomática, de gestión de los flujos migratorios, económica, etc., un conflicto abierto de otros países con nuestra nación. Asimismo sería razonable pensar en que un ciudadano español o extranjero residente en España realizara un comportamiento subsumible en el art. 595 CP si reclutara ilegalmente tropas para llevarlas a combatir a Ucrania contra el ejército ruso. Se cumplirían de esa manera los elementos que los distintos autores han exigido para este delito: a saber, una motivación de hostilidad hacia otro país, el hecho de que con tal acción se pusiera en peligro la seguridad y la paz del Estado español, etc.

¹⁰⁷ De la misma opinión, Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, cit. (2021), p. 741.

¹⁰⁸ *Vid.*, por todas, página web del Consejo de la UE, noticia de 24/06/2022: *Respuesta de la UE ante la invasión rusa de Ucrania. El Consejo Europeo concede a Ucrania la condición de país candidato a la adhesión a la UE* (<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-response-ukraine-invasion/>: consultada el 28 de junio de 2022 a las 21:00 h).

En definitiva, en estos tiempos de gran inestabilidad estamos percibiendo cómo situaciones y contextos que antes parecían inconcebibles pueden convertirse en posibilidades reales. Por consiguiente, conviene realizar una adecuada exégesis de los delitos de traición en el CP vigente, lo cual ha sido el objetivo de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso de Escamilla, A. (2019), «Tema 26. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Delitos. La Parte Especial del Derecho penal* (Lamarca Pérez, C., coord.), 4.^a ed., Dykinson, Madrid, pp. 1043 a 1053.
- Baucells Lladós, J. (2004), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo II* (Córdoba Roda, J./García Arán, M., dirs.), Marcial Pons, Madrid, pp. 2635 a 2681.
- Beevor, A. (2014), *La segunda guerra mundial*, Pasado y Presente, Barcelona.
- Bleuca Fraga, R. (1983), *El delito de traición y la defensa nacional*, Edersa/Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
- Casanova, J. (2007), *República y Guerra Civil* (Volumen 8 de la serie *Historia de España*, Fontana, J./Villares, R., dirs., cit.), Critica-Marcial Pons, 2.^a ed.
- Cobo del Rosal, M./Quintanar Díez, M. (2004), «Lección 61», «Lección 62» y «Lección 63», «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I), (II) y (III)» —respectivamente—, en *Derecho Penal Español, Parte Especial* (Cobo del Rosal, coord.), Dykinson, Madrid, pp.1141 a 1173.
- Fernández Rodera, J.A. (2015), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Comentarios prácticos al CP, Tomo VI* (Gómez Tomillo, M./Javato Martín, A.M., dirs), Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 681 a 735.
- Fontana, J. (2011), *La época del liberalismo* (Volumen 6 de la serie *Historia de España*, Fontana, J./Villares, R., dirs.), Critica Marcial Pons.

- Guardiola Lago, M.J. (2016), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional» (Capítulos I y II), en *Comentarios al CP español* (Quintero Olivares, G., dir.), Tomo II, 7.^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp.1947 a 1977.
- López Lorca, B. (2017), «Artículos 24 a 29. Los delitos contra la seguridad y defensa nacional (I)», en *El código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios* (de León Villalba, F.J./Juanes Peces, A./Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L./López Lorca, B.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 261 a 327.
- Muñoz Conde, F. (2021), *Derecho Penal, Parte Especial*, 23.^a ed. (con la colaboración de López Peregrín, C.), Tirant lo blanch, Valencia.
- Núñez Castaño, E., «Lección XXIII. Delitos de traición, contra la paz o independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en *Nociones Fundamentales de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II (Gómez Rivero, M.C., dir.), 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 727 a 746.
- Pérez Galdós, B., *Episodios nacionales. Primera serie, La guerra de la Independencia*, Destino, 2011 (publicación original: 1885).
- Peris Riera, J. (2020), «Capítulo 73. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I)», en *Sistema de Derecho Penal, Parte especial* (Morillas Cueva, L., dir.), 3.^a ed., Dykinson, Madrid, pp. 1599 a 1604.
- Portilla Contreras, G. (1997), «Lección 62», «Lección 63» y «Lección 64», «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I), (II) y (III)» —respectivamente—, en *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Vol. II (Cobo del Rosal, dir.), Marcial Pons, Madrid, pp. 915 a 947.
- Prats Canut, J.M. (1999), «Título XXIII. De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional» (Capítulos I y II), en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Quintero Olivares, G., dir.). 2.^a ed., Aranzadi, pp. 1635 a 1649.
- Rodríguez -Villasante y Prieto, J.L. (2017), «Artículos 2 a 8. Definiciones», en *El código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios* (de León Villalba, F.J./Juanes Peces, A./Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L./López Lorca, B.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 93 a 179.
- Rodríguez-Villasante y Prieto. J.L. (2017), «Introducción», en *El código penal militar de 2015: reflexiones y comentarios* (de León

- Villalba, F.J./Juanes Peces, A./Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L./López Lorca, B.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 29 a 49.
- Tusell, J. (2007), *Historia de España en el siglo XX. Tomo 2, La crisis de los años 30: República y Guerra Civil*, Taurus.
- Ventolá Escudero, F./Escudero Moratalla, J.F./Ganzenmüller Roig, C./Frigola Vallina, J. (1998), «Capítulo 2. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Título XXIII», en *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional* (Fernández García, E.M./Ganzenmüller Roig, C./Escudero Moratalla, J.F./Frigola Vallina, J./Ventolá Escudero, F.), Bosch, Barcelona, pp. 483 a 583.

EL DERECHO OPERATIVO MILITAR Y LOS ESTADOS DE EMERGENCIA NACIONAL: ESTÁNDARES JURÍDICOS DE ACTUACIÓN EN LA OPERACIÓN BALMIS

Jacinto J. Marabel Matos

Asesor jurídico. Abogacía General. Junta de Extremadura

Resumen

La irrupción de la pandemia de covid-19 puso en entredicho la capacidad de reacción de los Estados en situaciones de crisis sanitarias. En nuestro país la mayor parte de las instituciones fueron objeto de críticas, salvo las Fuerzas Armadas, a las que los ciudadanos reconocieron desde un principio la eficaz labor desarrollada en primera línea de combate frente a la pandemia. Su actuación, ejecutada bajo los parámetros de la operación Balmis, supuso el mayor esfuerzo militar en tiempos de paz de nuestra historia reciente, poniendo de manifiesto la idoneidad del Derecho Operativo como instrumento jurídico válido y ajustado a las exigencias constitucionales, para resolver las lagunas presentes en nuestro Derecho de Excepción. Sin perjuicio de ello, la experiencia acumulada también ha evidenciado la necesidad de promover mejoras en el ordenamiento, tendentes a dotar de seguridad jurídica la cada vez más habitual intervención del personal militar en situaciones de emergencia nacional.

Palabras clave: operación Balmis, Derecho Operativo Militar, Derecho de Excepción, estado de alarma.

Abstract

The outbreak of the pandemic of covid-19 called into question the response capacity of States in health crisis situations. In our country, most of the institutions were criticized, except for the Armed Forces, which were recognized from the outset by the public for their effective work on the front line in the fight against the pandemic. Their action, carried out under the parameters of the Operation Balmis, was the largest military effort in peacetime in our recent history, demonstrating the suitability of Operational Law as a valid legal instrument, adjusted to constitutional requirements, to resolve the gaps present in our Emergency Law. Notwithstanding the above, the accumulated experience has also shown the need to promote improvements in the legal system, tending to provide legal security to the increasingly common intervention of military personnel in national emergency situations.

Keywords: Operation Balmis, Military Operational Law, Emergency Law, State of Alarm.

Sumario

1. La eficacia del Derecho operativo militar durante la vigencia del estado de alarma.
2. Preludio de la pandemia.
3. Estados de emergencia y Derecho de excepción.
- 3.1. El marco teórico general del estado de alarma.
- 3.2. El sistema de normas transversales aplicables al estado de alarma.
4. La operación Balmis.
- 4.1. Las ROE como reglas de comportamiento en situaciones de excepción.
- 4.2. El personal militar como agente de la autoridad delegada.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

1. LA EFICACIA DEL DERECHO OPERATIVO MILITAR DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA

El marco constitucional de las Fuerzas Armadas viene establecido con carácter general en el art. 8.1 de la Constitución española (CE), donde se consagra al Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, como garantes de la soberanía e independencia de España, defensores de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional. Resultan vinculadas a la defensa nacional, en tanto competencia exclusiva del Estado (149.1.4.º CE), subordinadas jerárquicamente al rey (62.h CE) y políticamente a la acción del Gobierno (97 CE), completando su relación con el resto de los poderes

constitucionales a través del legislativo, en tanto el desarrollo de su régimen organizativo resulta materia de Ley Orgánica (8.2 CE), y del judicial, por cuanto se encuentran sometidas al control ordinario de la legislación vigente y con carácter exclusivo a la jurisdicción castrense (117.5 CE).

La función principal de las Fuerzas Armadas es servir a la defensa de la Nación, proteger al conjunto de la sociedad española y garantizar la soberanía, independencia e integridad de su territorio. La vigente Directiva de Defensa Nacional, que incluye estos principios como objetivos prioritarios de actuación¹, aborda sin embargo un nuevo escenario estratégico en el que las mismas están llamadas a resolver una serie de retos para la seguridad nacional bajo situaciones de crisis social, desgraciadamente cada vez más habituales, como las generadas por catástrofes medioambientales o incluso pandémicas, como trataremos a continuación. Es esta una atribución evidentemente subsidiaria a su carácter primordial, que no obstante conecta con una dilatada experiencia histórica de servicio al ciudadano, que en la actualidad se encuentra reflejada, tanto en el ámbito de la Protección Civil como en el de la Seguridad Nacional, a través del principio de colaboración con las diferentes administraciones para aquellos casos en los que se declaren situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, tal y como establece el art. 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional².

Sin duda, la inmediatez, el alto grado de disponibilidad y despliegue operativo de personal especializado, disciplinado y jerarquizado, con una vocación permanente de servicio a España que les ha hecho poner en juego toda una serie de capacidades de las que solo ellos disponen³, ha coadyuvado a normalizar los requerimientos que, con distinta frecuencia, vienen realizando las distintas administraciones en los últimos tiempos. Una tendencia que no resulta únicamente privativa de nuestro país, puesto que en el orden internacional suele ser recurrente la intervención del personal militar en la ejecución de tareas que, en su origen, venían siendo prestadas por organizaciones humanitarias, de tal forma que, mientras la doctrina militar de la OTAN ha acuñado el término *cooperación civil-militar* y la de EE.UU. prefiere denominarlas *asuntos civiles*, lo cierto es que ambas

¹ Directiva de Defensa Nacional 2020, p. 2. <https://s03.s3c.es/imag/doc/2020-06-11/DIRECTIVA-DEFENSA-NACIONAL-2020.pdf> [Consultado el 15 de julio de 2020].

² Boletín Oficial del Estado, de 18 de noviembre de 2005.

³ Roldán Pascual, J.E. (2003), Introducción. VV.AA. España ante las emergencias y catástrofes. Las Fuerzas Armadas en colaboración con las autoridades civiles, Cuadernos de Estrategia, n.º 165, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 20.

hacen referencia al mismo conjunto de actuaciones colaborativas con organismos, entidades o instituciones de naturaleza civil, cada vez más habituales en nuestro entorno⁴.

En España, la cooperación con las distintas administraciones territoriales ha superado con creces aquellos injustificados y periclitados recelos, exteriorizados desde sectores críticos fundamentalmente en el periodo de la Transición, que precedían a cualquier movimiento o despliegue de nuestras unidades dentro del territorio nacional, motivando, entre otras razones, que las misiones internacionales fueran acogidas como único y exiguo reducto válido de actuación. Afortunadamente, la eficacia acreditada por el personal militar en todas y cada una de las actuaciones encomendadas durante las dos últimas décadas, ha desterrado estos prejuicios, de tal forma que las sucesivas encuestas demoscópicas vienen calificando a las Fuerzas Armadas entre las instituciones más valoradas por los españoles, elevando además a su personal al más alto grado de consideración tras el éxito de la operación Balmis⁵.

Entre otros, este cambio de paradigma vino propiciado por el también exitoso desenlace de la operación Romeo-Mike, ejecutada tras los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004, cuando el Gobierno encargó a las autoridades militares la vigilancia de las líneas ferroviarias ante la posibilidad de un nuevo ataque. Sin olvidar así mismo el conjunto de misiones que impulsaron una regulación moderna y eficaz de las Fuerzas Armadas en materia de Protección Civil y Seguridad Nacional, como las operaciones Marea Negra, cuyo dispositivo sirvió para coadyuvar a la limpieza de las costas gallegas tras el vertido de crudo procedente del buque Prestige en el año 2002, y la operación Tormenta Blanca, en apoyo de las autoridades civiles tras las intensas nevadas caídas en Castilla y León en el año 2005.

Paulatinamente, estas y otras actuaciones fueron poniendo de manifiesto que, si bien la Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas con carácter primordial y exclusivo la defensa de España, su intervención era igualmente necesaria en aquellas situaciones de emergencia nacional que pusieran en grave peligro bienes públicos esenciales para los ciudadanos. El Estado se dotó entonces de un conjunto de normas transversales, modificando el ordenamiento en unos casos e innovándolo en otros, al objeto de garantizar la seguridad jurídica de todas sus actuaciones, pese a que, a nuestro juicio,

⁴ Jar Couselo, G. (2007), Los Ejércitos como actores en las emergencias humanitarias, *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 9, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 105 y 106.

⁵ Centro Superior de Investigaciones Científicas. Efectos y consecuencias del coronavirus (I). Avance de resultados. Estudio n.º 3298, octubre de 2020; p. 4. [Http://datos.cis.es/pdf/Es3298marMT_A.pdf](http://datos.cis.es/pdf/Es3298marMT_A.pdf) [consultado el 7 de febrero de 2021].

se acabó malogrando la ocasión para proveerse de mecanismos ágiles de intervención en aquellos casos en los que se declarase alguno de los estados de emergencia nacional contemplados en el art. 116 CE. Y ello pese a que aquí también existía un claro precedente.

En efecto, el primer estado de alarma de nuestro periodo constitucional fue declarado a finales de 2010, tras la que los medios de comunicación dieron en llamar *crisis de los controladores*, originada con la aprobación del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Esta norma contenía una serie de medidas en materia de personal que afectaban directamente a los controladores civiles de tránsito aéreo vinculados a la entidad pública empresarial que gestiona los aeropuertos⁶, por lo que, sin previo aviso, esa misma tarde y tomando como excusa la legítima defensa de sus condiciones laborales, una parte del colectivo decidió abandonar sus puestos de trabajo. Dado que el restablecimiento del espacio aéreo revestía caracteres de excepcional urgencia para el interés nacional, el Gobierno facultó al jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire para que adoptase las decisiones oportunas, tanto en materia de organización, planificación, supervisión y control de la crisis, como en materia disciplinaria y laboral, sobre los controladores civiles que, paulatinamente, fueron incorporándose a sus puestos de trabajo⁷.

Como tendremos ocasión de comprobar, en estos casos el principio de necesidad capacita al ejecutivo para aprobar ordenamientos de excepción en sustitución de la legalidad ordinaria, cuerpos normativos de carácter temporal y limitado, cuya función primordial es la de adaptar la realidad jurídica a situaciones de emergencia nacional, en la terminología empleada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, por lo que aquellas medidas sumarias fueron ratificadas al día siguiente a través del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, en el que se formalizaba el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial de transporte aéreo, amparándose en el art. 4.c) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES). En

⁶ Fundamentalmente, la Disposición Adicional Segunda contenía una serie de obligaciones en materia de reconocimiento médico para el caso de enfermedad laboral. Vid. Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Boletín Oficial del Estado, de 3 de diciembre de 2010.

⁷ Vid. Art. 4.4.a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea y Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomendaba transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos al ente público de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.

nuestra opinión, especialmente relevante resultó en aquel caso el ámbito subjetivo determinado en el art. 3 de la norma, mediante el que se atribuía la condición de personal militar a los controladores, que durante la vigencia del estado de alarma quedaron sometidos a las órdenes directas del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, así como a la jurisdicción castrense, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.

La ejemplaridad con la que fue zanjada la crisis persuadió al ejecutivo para dotar de seguridad jurídica futuras intervenciones de las Fuerzas Armadas, ya que hasta entonces la única mención constitucional expresa remitía al desarrollo ordinario de la jurisdicción castrense en el supuesto tipificado para el estado de sitio (art. 117.5 CE). Sin embargo, la discrecionalidad política alcanzó tan solo a regular eventuales crisis internas de naturaleza no extrema, y aunque progresivamente se fueron ampliando los supuestos que contemplaban su actuación, estos acabaron ciñéndose al ámbito de Protección Civil y Seguridad Nacional.

En nuestra opinión, la gestión de la pandemia ha puesto de manifiesto las carencias de este sistema de normas transversales, cuyas lagunas en el marco de la actuación militar debieron ser cubiertas por el conjunto de órdenes y directivas emitidas por el mando designado al efecto, lo cual no ha hecho sino revelar una vez más la importancia del Derecho operativo, en tanto doctrina científica aplicable a las Fuerzas Armadas, dotando de validez y eficacia las actuaciones encomendadas al personal militar en estos casos⁸. Y en particular, las Reglas de Enfrentamiento (*Rules of Engagement*, ROE), como normas operativas que, ajustadas al ordenamiento jurídico, no solo regulan el uso de la fuerza bajo determinadas circunstancias, sino que tratan de dar respuesta a una serie de problemas que la legalidad de excepción no se encuentra en disposición de prever.

Sin duda, la operación Balmis ha ejemplificado la utilidad de las ROE, sumamente eficaces sobre el terreno, consolidándolas como instrumentos jurídicos esenciales bajo circunstancias de contingencia o riesgo nacional. Su aplicación contribuyó al éxito de la misión encomendada a las Fuerzas

⁸ En síntesis, puede decirse que la articulación de esta disciplina en nuestro país surge cuando la experiencia acumulada por las Fuerzas Armadas en el contexto internacional, puso de manifiesto la necesidad de ordenar de manera especializada el planeamiento y ejecución de futuras misiones exteriores, por lo que, conforme con este planteamiento, en febrero del año 2000 la Escuela de Estudios Jurídicos de las Fuerzas Armadas organizó unas jornadas con una serie de expertos en la materia, cuyas ponencias sirvieron de base a un primer manual: VV.AA. (2001), *Lecciones de Derecho operativo*, Asesoría Jurídica General de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid; esta obra sería completada años más tarde por Pérez de Francisco, E. (2015), *Manual de Derecho Operativo*, Marcial Pons, Madrid.

Armadas en la primera fase de la lucha contra la pandemia de covid-19⁹, teniendo en cuenta que la operación Balmis supuso el mayor esfuerzo militar en tiempos de paz de nuestra historia reciente. Según datos oficiales, en el transcurso de la misma se practicaron un total de 11.061 actuaciones, que movilizaron de manera rotatoria a 188.713 efectivos empleados en la desinfección de estructuras críticas, plataformas de abastecimiento, residencias de ancianos o centros de salud, además de patrullas de vigilancia conjunta con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, desarrolladas en cerca de 3.000 poblaciones de toda España¹⁰.

La ejecución de la operación Balmis logró recabar el reconocimiento unánime de todos los grupos políticos, cuestión ciertamente insólita en nuestro país, subrayando el sobresaliente desenlace de la misión encomendada al personal militar durante esos meses. Y en el marco del derecho premial, este reconocimiento vendría avalado poco más tarde por la concesión de una medalla conmemorativa de incuestionable naturaleza plural¹¹, en tanto testimonio oficial y público, en palabras de la ministra Margarita Robles ante la Comisión de Defensa del Senado, «de esa generosidad sin límites e infinita de los hombres y mujeres que forman las Fuerzas Armadas»¹².

No cabe duda que el trágico escenario de crisis originado por la pandemia de covid-19 logró consolidar ante la ciudadanía el carácter esencial de las Fuerzas Armadas, como parte integral e indisoluble de la estructura del Estado, pese a que en ocasiones esta abnegada labor no estuvo exenta

⁹ La Real Academia aconseja el uso del acrónimo covid-19 (Coronavirus Disease 2019) en masculino, utilizando la grafía de las siglas enteramente en mayúsculas o como sustantivo lexicalizado, aunque con todas las letras en minúsculas, puesto que el vocablo refiere el nombre común de una enfermedad y no un nombre propio. Conforme con estos criterios, en lo sucesivo usaremos la grafía covid-19. <https://www.rae.es/noticia/tesis-del-covid-19-sobre-la-escritura-de-coronavirus>. [Consultado el 19 de marzo de 2020].

¹⁰ Gonzalo, B. (2020), *La Operación nacional más grande jamás montada*. Tierra, n.º especial, julio. Ministerio de Defensa. Madrid, p. 9.

¹¹ Real Decreto 701/2020, de 28 de julio, por el que se crea la medalla conmemorativa de la operación Balmis para reconocer al personal participante en la lucha contra el COVID-19. Boletín Oficial del Estado, de 29 de julio de 2020.

¹² Comparecencia de la ministra de Defensa María Margarita Robles Fernández ante la Comisión de Defensa del Senado. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado, n.º 43, de 22 de mayo de 2020. Mayor relevancia cobraron sin duda las palabras de Su Majestad Felipe VI en la recepción ofrecida el 6 de enero de 2021, ensalzando el alto grado de capacidad, profesionalidad y compromiso demostrado por las Fuerzas Armadas durante la crisis sanitaria. Hernández, V. (2021), *Pascua Militar 2021*, Revista Española de Defensa, n.º 379, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 11. Para la correcta interpretación y puesta en valor del discurso, dentro del significado histórico que corresponde a dicha solemnidad, vid. Espinosa de los Monteros Rosillo, L. (2020), *Los mensajes del rey en la Pascua Militar (1976-2016)*. El poder de la palabra Real, Fundación Universitaria Española, Madrid.

de problemas interpretativos desde el punto de vista jurídico. La experiencia acumulada y la resolución de los mismos en materia de habilitaciones legales o en el ejercicio de las actuaciones encomendadas como agentes de la autoridad, entre otras, deberá servir para promover mejoras del ordenamiento tendentes a dotar de seguridad el cada vez más habitual recurso de intervención del personal militar en situaciones de emergencia nacional. Esta es, en esencia, la materia que pasaremos a exponer en los siguientes apartados.

2. PRELUDIO DE LA PANDEMIA

Resulta obligado comenzar esta breve síntesis cronológica sobre la primera fase de la pandemia el 31 de diciembre de 2019¹³. Ese día, la Comisión de Salud de Wuhan, localidad situada al este de la provincia de Hubei (China), informó sobre la hospitalización de veintisiete personas diagnosticadas de neumonía aguda grave. Aunque la enfermedad no mostraba una etiología conocida, dado que la mayor parte de los pacientes resultaron ser tenderos y comerciantes provenientes de un mercado local que suministraba marisco, pescado y animales vivos a los habitantes de la zona, la comunidad científica internacional comenzó a sospechar que el foco de la infección podía tener un origen zoonótico, como con posterioridad habría de confirmarse.

El 7 de enero las autoridades chinas desvelaron que el causante del brote había sido una cepa hasta entonces no identificada de coronavirus (CoV). El 12 de enero hicieron pública la secuencia genética y el 24 el primer informe exhaustivo sobre el que, en adelante, pasaría a ser conocido como SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome)-CoV 2, distinguiéndolo del SARS-CoV que a finales de 2003 irrumpió en Guangzhou, provincia de Cantón (China), originando una pandemia que, según la Organización Mundial de la Salud, habría llegado a afectar a un total de 8.098 personas en todo el mundo.

En esencia, un virus es un microorganismo extremadamente simple, con genoma de ARN de cadena única lineal y de sentido positivo, por lo que se puede llegar a afirmar que no tiene vida propia y que únicamente logra reproducirse por gemación, introduciéndose en células sanas para

¹³ A partir esta fecha seguimos la cronología de las actuaciones oficiales registrada durante los primeros meses de pandemia. Listings of WHO's response to COVID-19. <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline> [Consultado el 29 de junio de 2020].

replicarse en el citoplasma. Los *coronaviridae*, coloquialmente conocidos como coronavirus por el aspecto que les confiere las glicoproteínas que despuntan sobre su capa externa, representan una extensa familia de virus que, pese a hallarse presentes en el origen de una gran variedad de enfermedades respiratorias, desde el catarro común en adultos a la gastroenteritis en lactantes, siguen resultando muy difíciles de cultivar para poder ser estudiados con garantías en laboratorio.

Tal es así que hasta la fecha los expertos tan solo han conseguido aislar trece cepas de coronavirus. Si bien todas ellas resultan letales en diversos tipos de animales, en algunas especies infectadas, como camellos, cerdos o murciélagos, el coronavirus actúa a modo de reservorio, antes de mutar y transmitirse a los humanos para atacar su sistema inmunológico, por lo general con carácter leve. Sin embargo, pese a que dichos síntomas livianos se manifiestan en un porcentaje muy bajo en las tres últimas variantes detectadas: H5N12 (brote de gripe aviar de 1997), SARS-CoV (la mencionada epidemia de Guangzhou de 2003), MERS-CoV (síndrome respiratorio agudo detectado en Arabia Saudí en 2012), por el contrario, en el actual SARS-CoV-2 conllevan una alta tasa de incidencia en materia de letalidad.

Oficialmente, la nueva cepa saltó las fronteras de China a finales de enero de 2020. El 25 de ese mismo mes, la Organización Mundial de la Salud informó sobre una primera transmisión extracomunitaria detectada en Tailandia, que en las siguientes jornadas acompañaron otras muchas en países tan distantes como Japón, Francia o Australia. La enfermedad comenzó a tomar visos de pandemia y el 30 de enero, con 7.818 casos confirmados en todo el mundo, se elevaron los indicadores de salud pública internacional a niveles de emergencia, previos a la declaración oficial de pandemia confirmada definitivamente el 11 de marzo de 2020.

Poco antes, a finales de febrero y a raíz de la gravedad de las noticias que llegaban desde Italia, la opinión pública europea comenzó a prestar verdadera atención a esta nueva y desconocida enfermedad de carácter severo, mientras asistía desconcertada a su imparable extensión por todo el Continente. El 20 de febrero fue notificado el primer caso de un paciente ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos, un deportista de 38 años que había acudido a urgencias del hospital de Codogno, en la provincia de Lodi, al que en tan solo 24 horas siguieron otros treinta y seis. A partir de esa localidad, considerada desde entonces la zona cero en Europa, la propagación de la enfermedad resultó asombrosamente exponencial, por lo que a fecha de 8 de marzo, las autoridades italianas, con un total de 5.061 infectados y 233 muertos repartidos por todo el país, decidieron imponer el confinamiento estricto de 16 millones de personas, residentes en

el epicentro de los contagios detectados en la región de Lombardía y en las comarcas adyacentes.

Casi al mismo tiempo, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, departamento del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, encargado de articular y dar respuesta a las amenazas de salud pública en nuestro país, confirmaba la cifra de 617 contagios y 17 muertos por covid-19, mientras en toda España se celebraban manifestaciones multitudinarias para conmemorar el Día Internacional de la Mujer. En el transcurso de las jornadas inmediatas, las autoridades tomaron una serie de decisiones excesivamente tibias, en cuanto a la aplicabilidad y efectos jurídicos de las mismas, que se materializarían en los Reales Decretos-Leyes 6/2020, de 10 de marzo y 7/2020, de 12 de marzo, adoptando un conjunto de medidas urgentes para tratar de paliar las ya por entonces graves circunstancias socio-económicas que estaba originando la evolución de la enfermedad¹⁴.

Finalmente, la noche del 14 de marzo, con 5.232 personas contagiadas y 133 fallecidas, el Gobierno mandó publicar el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19. La norma entró en vigor al tiempo de su publicación y la ministra de Defensa fue nombrada, junto a los titulares de Sanidad, Interior y Transporte, autoridad competente delegada, habilitándola para dictar aquellas órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones que, dentro de su área departamental, considerase oportunas en aras a garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el art.11 LOEAES¹⁵ conferidas por el art. 4.3 del citado Real Decreto 463/2020.

¹⁴ El art. 4 del Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptaron determinadas medidas urgentes en el ámbito económico, procedía a modificar la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, en lo relativo al suministro centralizado de medicamentos, mientras el art. 5 asimilaba a accidente de trabajo los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tuvieran el domicilio o el centro de trabajo de aquellas personas diagnosticadas de covid-19. Por su parte, el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes para responder al impacto económico del covid-19, regulaba un sistema de crédito extraordinario destinado a las familias y negocios afectados por la pandemia.

¹⁵ El art. 4.3. Real Decreto 463/2020 remitía expresamente a los ámbitos de actuación que contemplados en la LOEAES, en cuanto a la limitación circulatoria de personas o vehículos en horas y lugares determinados, práctica de requisas temporales, intervención de industrias, fábricas, talleres o explotaciones, restricción de servicios y consumo de artículos de primera necesidad, y aseguramiento del abastecimiento de mercados y centros de producción.

El Ejecutivo consideró que la magnitud de la crisis exigía poner a disposición de las autoridades delegadas todos los recursos de la Nación, por lo que las FAS, que por su propia naturaleza resultan un elemento intrínseco y esencial para el funcionamiento del Estado, estaban llamadas a protagonizar desde el primer momento un papel destacado en la ejecución eficaz y ordenada de la misma. Y en este marco fue dictada la Instrucción de 15 de marzo de 2020, del Ministerio de Defensa, mediante la que se establecían medidas para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19 dentro de su ámbito competencial¹⁶. En la misma, se atribuía al jefe de Estado Mayor de la Defensa, supeditado a la dirección política del Ministerio, el mando único para la puesta en práctica de dichas prevenciones, impeliéndole a establecer un Centro de Coordinación a su cargo, en el que integrar todas aquellas autoridades y mandos que considerase oportuno para poder llevarlas a pleno efecto (arts. 5 y 6 Instrucción del Ministerio de Defensa, de 15 de marzo de 2020).

De este modo, una vez superadas las etapas de alerta y valoración estrictamente política, la gestión de la crisis entró en fase de opciones de respuesta a nivel estratégico militar, por lo que el jefe del Estado Mayor de la Defensa emitió la Directiva Inicial Militar 5/2020, de 16 de marzo, en la que se contenían los parámetros básicos del planeamiento operacional, inmediatamente desarrollados por el comandante del Mando de Operaciones a través del OPLAN 00103. La operación recibió el nombre de Balmis, cumpliendo con ello el doble objetivo de homenajear al médico castrense Francisco Javier de Balmis y Berenguer, cirujano consultor de los Reales Ejércitos que desarrolló su labor entre los siglos XVIII y XIX, y dar a conocer entre la opinión pública española la épica Real Expedición Filantrópica de la Vacuna contra la viruela, que protagonizó junto a su homólogo José Salvany y Lleopart, dos practicantes, tres enfermeras y 22 expósitos coruñeses, que en 1803 embarcaron junto a su cuidadora, Isabel Zendaí, y durante los tres años siguientes lograron erradicar la enfermedad a lo largo y ancho de todas nuestras posesiones de Ultramar. Reconocida como la primera expedición sanitaria internacional de la Historia, el resultado de la

¹⁶ Vid. Boletín Oficial del Estado, de 15 de marzo de 2020 y Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, de 16 de marzo de 2020. Apenas dos días más tarde fue asumido un nuevo bloque competencial, conformado a partir de la Instrucción de 16 de marzo de 2020, del Ministerio de Defensa, en apoyo al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para la protección de personas sin hogar y asentamientos chabolistas. Vid. Boletín Oficial del Estado, de 17 de marzo de 2020, y Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, de 18 de marzo de 2020.

operación Balmis puso de manifiesto que la acertada elección del nombre había cumplido con creces los objetivos propuestos.

En el curso de la misma, la Inspección General de la Sanidad de la Defensa quedó subordinada al jefe del Estado Mayor de la Defensa, como autoridad sanitaria del Departamento y en colaboración con las directrices emanadas del comandante del Mando de Operaciones, bajo el que se supeditaron los cuarteles generales permanentes de los Ejércitos de Tierra y Aire, junto al de la Armada y el mando componente de emergencias, con los efectivos de la Unidad Militar de Emergencias. Precisamente, una de las claves de la operación Balmis consistió en articular una actuación integral y cohesionada de las Fuerzas Armadas, incluidas las unidades de la Guardia Real y el Mando Conjunto de Ciberdefensa, con la finalidad de poner en práctica la doctrina del modelo de estrategia integral en gestión de crisis, recogida como uno de los cinco principios rectores de la Política de Seguridad Nacional¹⁷. La misión, encuadrada «en el concepto de las operaciones de responsabilidad nacional de carácter coyuntural (no permanentes), desplegadas ante situaciones de crisis»¹⁸, entrañaba una práctica operacional de enorme complejidad, que exigía además una ejecución sumaria de tiempo récord en colaboración con las autoridades civiles.

Pues en efecto, tal y como se encargó de subrayar la propia ministra en su comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, el 27 de abril de 2020, desde el primer momento la operación Balmis fue concebida como una actuación de apoyo a las instituciones del Estado y a las Administraciones Públicas¹⁹, por lo que, ya en fase de ejecución, esta colaboración o apoyo planteaba, además de la adopción de medidas implementadas de oficio, atender las eventuales solicitudes instadas por las autoridades del ámbito autonómico y local (art. 4.3 Real Decreto 463/2020). Por tanto, uno de los objetivos primordiales era poner a disposición de las autoridades competentes el conjunto acreditado de capacidades militares en materia de sanidad, emergencia, policía, alojamientos logísticos y establecimiento de hospitales de campaña, transporte aéreo y terrestre, así como de control del tráfico aéreo y de la navegación marítima (art. 2.c. Instrucción del Ministerio de Defensa, de 15 de marzo de 2020).

¹⁷ Estrategia de Seguridad Nacional 2017. Departamento de Seguridad Nacional, Presidencia del Gobierno, Madrid, pp. 81-83.

¹⁸ Gómez Ruíz, F.J. López Andrés, p. (2020), Aspectos Jurídicos de la Operación Balmis. *Revista Ejército*, n.º 953, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 52.

¹⁹ Según definición de la propia ministra en comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 27 de abril de 2020.

Este acervo de gestión y experiencia acumulada estuvo a disposición de las distintas Administraciones, en primera línea de combate, durante los meses más duros de pandemia, hasta que el estado de alarma pudo darse definitivamente por concluido a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020²⁰ y el jefe del Estado Mayor de la Defensa emitió la orden para cancelar el OPLAN 00103, dando por finalizada la operación Balmis después de noventa y ocho días de impecable ejecución. Y sin duda, a este éxito contribuyó el Derecho Operativo Militar, poniendo no obstante de manifiesto que, pese a que gracias al mismo fueron resueltos gran parte de los problemas interpretativos derivados de la ejecución práctica de las normas civiles que amparan la intervención de las Fuerzas Armadas, quizás vaya siendo hora de reflexionar sobre la necesidad de articular propuestas normativas que doten de seguridad jurídica futuras actuaciones en este ámbito.

3. ESTADOS DE EMERGENCIA Y DERECHO DE EXCEPCIÓN

3.1. EL MARCO TEÓRICO GENERAL DEL ESTADO DE ALARMA

Los poderes de excepción son la expresión máxima del principio de Soberanía Nacional (art. 1.2 CE)²¹. La Constitución confiere al Gobierno, bajo el control del Congreso y, en su caso, del Tribunal Constitucional, atribuciones excepcionales para hacer frente a circunstancias de emergencia nacional. Sin embargo, la configuración constitucional de las mismas no obedece a criterios graduales o de intensidad, sino cualitativos o específicos. En este sentido, el carácter cualitativo de la tipificación establecida por el constituyente habilita al Estado para dispensar una solución concreta en situaciones de crisis comunitarias excepcionales, originadas tanto por catástrofes naturales como por alteraciones graves de la convivencia u orden público, que pongan en peligro la estabilidad social o política del país.

²⁰ El Congreso de los Diputados autorizó al Gobierno a prorrogar el estado de alarma hasta en seis ocasiones. Boletín Oficial del Estado, de 28 de marzo, 11 de abril, 25 de abril, 9 de mayo, 23 de mayo y 6 de junio de 2020. Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo, y 555/2020, de 5 de junio, por los que se prorrogó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

²¹ Vid. Dictamen del Consejo de Estado 213/2021, de 22 de marzo, emitido en relación al recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley de Salud de Galicia.

No obstante, esta es una referencia sumamente exigua. Los apartados 2, 3 y 4 del art. 116 CE se limitan a señalar la concurrencia de los estados de alarma, excepción y sitio, sistematizando una serie de recursos que los poderes públicos podrán hacer efectivos para tratar de agilizar la resolución de la crisis, tales como la identificación de los órganos competentes para determinar el estado de emergencia, el procedimiento para la adopción decisoria, la fórmula legal de publicación de la misma, las mayorías necesarias para autorizar sus eventuales prórrogas, así como el contenido necesario de la declaración, esto es el ámbito temporal, territorial y material afectado por la norma.

Otras tres previsiones vienen a completar este reducido marco. En primer lugar, los apartados 5 y 6 del propio art. 116 CE, en los que se establecen un conjunto de garantías que tratan de proteger el entramado institucional de las consecuencias que pudieran derivar de la declaración de emergencia. De este modo, se prevé que durante su vigencia no podrá interrumpirse el funcionamiento de las Cortes Generales ni del resto de los poderes constitucionales del Estado, como tampoco podrá disolverse el Congreso de los Diputados, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieran en periodo de sesiones o asumiendo sus competencias la Diputación Permanente, en otro caso. En segundo lugar, el art. 55.1 CE, en el que se establecen los derechos fundamentales susceptibles de ser suspendidos tras las eventuales declaraciones de excepción o de sitio, completado en este último caso con el art. 117.5 CE, en cuanto al ejercicio de la jurisdicción militar. Por último, el art. 169 CE, que prohíbe cualquier tipo de iniciativa de reforma constitucional durante la vigencia de alguno de los estados de emergencia.

El desarrollo de estas previsiones constitucionales está presidido con carácter general por la citada LOEAES y por los correspondientes Reales Decretos que eventualmente vengán a declarar el estado de emergencia. En este sentido, hay que señalar que la voluntad del constituyente consistió en que los criterios cualitativos enunciados en los apartados 2, 3 y 4 del art. 116 CE, fueran tipificados con posterioridad, completando la categorización de los peligros concretos que, al objeto de erradicarlos y regresar lo más pronto posible a la normalidad democrática, merecerían activar una serie de medidas correctoras. Así pues, en la tarea encomendada al legislador ordinario, el Estado ha tratado de dotarse de mecanismos e instrumentos jurídicos a los que acudir urgentemente en caso de peligro o amenaza de la convivencia social, pese a que la experiencia demuestra que dichas prevenciones nunca son suficientes y que cualquier propósito de positivizar los poderes de necesidad acabará decayendo finalmente ante la

tozuda realidad, «que nos enseña que es imposible prever ex ante todo tipo de amenazas contra los fines esenciales, por lo que a menudo se recurre a cláusulas generales de habilitación para su uso²²».

En cualquier caso, la habilitación del clausulado general o de cualquier otro tipo de instrumento jurídico *ad hoc* que, por remisión directa del mismo, resulte aprobado para hacer frente a la gestión de la crisis, deberá venir siempre presidida por los principios de necesidad (art. 1.1 LOEAES), temporalidad (art. 1.3 LOEAES), íntimamente ligado a los subprincipios de vigencia inmediata y publicidad (art. 2 LOEAES), y responsabilidad (art. 3.2 LOEAES, de conformidad con los arts. 116.4 y 5 CE). Tres pilares básicos de actuación que se subsumen finalmente en el principio de proporcionalidad (art. 1.2 LOEAES), enunciado por vez primera en la Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1981, de 24 de julio, en tanto juicio de ponderación previo y obligado para toda actuación de los poderes públicos, en aras a salvaguardar la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE y cohonestar el interés general perseguido con los medios utilizados.

Conviene señalar que el principio de proporcionalidad no constituye en realidad un canon autónomo de constitucionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo), sino que deberá ajustarse en cada caso, teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en el que se proceda a adoptar la decisión (Sentencias del Tribunal Constitucional 126/2000, de 16 de mayo, y 299/2000, de 11 de diciembre), por lo que si los presupuestos fácticos evidenciasen que, con la aplicación de medios jurídicos menos lesivos de los derechos y libertades fundamentales, la situación de necesidad podría ser superada, la concurrencia del mismo impediría la invocación de los estados de necesidad.

Este equilibrio en la actuación de los poderes públicos se consigue mediante un juicio de ponderación previo, que deberá ajustarse a tres criterios: idoneidad, en tanto que la razón de ser de la decisión restrictiva de derechos fundamentales no es otra que la de alcanzar un objetivo legítimo; necesidad, por cuanto la exigencia de intervención mínima de los poderes públicos obliga que sea respetado el contenido esencial de los derechos fundamentales, descartando cualquier otra medida menos gravosa o lesiva para la consecución de dicho objetivo; y por último, la aplicación de un criterio de proporcionalidad en sentido estricto, que en palabras de las Sentencias del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre y

²² Álvarez García, V. (2019), Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (I): las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50, Iustel, Madrid, p. 23.

70/2002, de 3 de abril, significa «que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre».

Bajo estos parámetros de necesidad, temporalidad, responsabilidad y proporcionalidad, el art. 116. 2 CE faculta al Gobierno para declarar el estado de alarma. Aunque conviene subrayar que no es una decisión discrecional, puesto que el ordenamiento constitucional fortalece la posición del Ejecutivo precisamente para obligarle a activar los mecanismos de resolución de la crisis y regresar lo más pronto posible a la normalidad. Por lo tanto, esta decisión gubernativa para proceder a la declaración el estado de alarma deberá venir acreditada por la constatación de alguno de los presupuestos fácticos que contempla el art. 4 LOEAES, bajo circunstancias de *alteraciones graves de la normalidad*, esto es: a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; b) crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; c) paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28.2 y 37.2 CE, concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo; y d) situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

El estado de alarma procedería por tanto una vez acreditada la alteración o peligro real grave que, para la convivencia o desarrollo pacífico de la comunidad, representan las circunstancias sociales y naturales contempladas en el precepto anterior. Y ello pese a que, tal y como habíamos apuntado, la determinación de tales circunstancias lo singulariza cualitativamente frente a las situaciones de excepción o sitio, que vendrían precedidas por un conflicto de carácter marcadamente político o de grave alteración del orden público.

En efecto, el estado de excepción procedería en los casos de grave alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, normal funcionamiento de las instituciones democráticas, servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público (art. 13.1 LOEAES), mientras que el de sitio correspondería en los casos de peligro de insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional (art. 32.1 LOEAES). Es por tanto una intensidad gradual, que se manifiesta así mismo en la relación de derechos fundamentales que, en virtud del art. 55.1 CE, podrán ser suspendidos en ambos casos: libertad personal, seguridad y detención preventiva (salvo lo prevenido en el

art. 17.3 CE, en cuanto derechos del detenido y asistencia letrada, para el caso del estado de excepción), libertad ambulatoria, de expresión y difusión de ideas u opiniones, secuestro de publicaciones, así como reunión, manifestación, huelga y conflicto colectivo.

Además, la gravedad de las circunstancias justificaría que la situación de alteración o peligro solamente pudiera ser superada mediante la declaración del estado de alarma y no mediante la aplicación de leyes sectoriales o transversales, tales como las relativas al régimen general de Salud Pública, Protección Civil o Seguridad Nacional, a las que en breve nos referiremos. Por otro lado, una vez acreditada la situación fáctica de alteración o peligro real grave para la convivencia, el recurso a la declaración del estado de alarma por parte del Gobierno, una vez verificados los criterios de necesidad, temporalidad y responsabilidad, puede venir modulado por el factor temporal, cuya intensidad o urgencia configura en su caso el concepto de extraordinaria necesidad que justificaría la declaración de alarma. La doctrina ha calificado la urgencia como una categoría específica del concepto de necesidad: la exigencia de actuar con inmediatez ante la amenaza de peligro de los bienes comunitarios; «peligro que se haría efectivamente realidad de tener que respetarse las reglas jurídicas ordinarias, dado que el plazo que éstas requieren para su puesta en práctica es en todo caso superior al tiempo del que efectivamente disponen los poderes públicos para la realización del fin, superando la situación de peligro que lo amenaza»²³.

Esto quiere decir que, si la constatación de las circunstancias cualitativamente graves que relaciona el art. 4 LOEAES reclama una acción reparadora urgente sobre la convivencia o los bienes jurídicos lesionados, la situación de extraordinaria necesidad habilitaría a los poderes públicos para «adoptar respuestas muy drásticas, en contraste con aquellos otros supuestos en los que el peligro es tremendamente leve, donde la simple necesidad justificaría únicamente la adopción de respuestas jurídicas de muy corto alcance»²⁴.

La excepcionalidad de la intervención gubernativa vendría también caracterizada por la naturaleza jurídica de la declaración, pues si bien adopta forma de Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, en puridad supone una decisión o acto parlamentario, este último para el caso de las eventuales prórrogas autorizadas por el Congreso de los Diputados, que pese a no resultar dictada en el ejercicio de la potestad legislativa ni

²³ Álvarez García, V. (1996), *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, p. 255.

²⁴ *Ibid.*, p. 285.

revestida formalmente de Ley, adquiere rango o valor normativo, equiparándose en cuanto a su contenido y efectos a normas asimilables, en tanto configuran el régimen jurídico propio de los estados de emergencia y repercuten en la modificación, suspensión o aplicabilidad de aquella parte del ordenamiento ordinario que incide en el ámbito material afectado por la misma. (Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 abril, con cita literal del Auto del Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero).

En nuestro caso, el Gobierno aprobó el Real Decreto 463/2020 a la vista de la escalada de infectados por covid-19, asumiendo la gravedad y excepcionalidad de la crisis sanitaria que afectaba al conjunto de la nación y la necesidad de aplicar de manera urgente y decidida medidas correctoras. La norma entró en vigor al tiempo de su publicación, proyectando desde ese momento una serie de efectos en el ejercicio de las competencias delegadas por las autoridades públicas, así como en el establecimiento de limitaciones o restricciones respecto a determinados derechos fundamentales, pues como se argumentaba en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, «todos los estados que cabe denominar de emergencia *ex art. 116*, suponen excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria de los estados de alarma, excepción y sitio), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante los poderes ordinarios la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 LOEAES)».

En síntesis, cabría decir que el Derecho de Excepción permite suspender temporalmente la aplicación de ciertas normas del ordenamiento jurídico, atribuyendo al Gobierno poderes extraordinarios con la finalidad de concentrar en un solo individuo, o en una reducida parte del gabinete ministerial, la capacidad decisoria necesaria para resolver las situaciones de emergencia nacional²⁵, mientras el papel del legislativo queda limitado a la verificación posterior de los criterios políticos asumidos por el ejecutivo en la declaración, pudiendo decidir únicamente si le otorga su confianza en el caso de que este solicite prorrogar la situación de emergencia²⁶.

²⁵ Zippelius, Reinhold (2009), *Teoría General del Estado*, Editorial Porrúa, México D.F, p. 156.

²⁶ Dicho control viene regulado en el art. 162 del Reglamento del Congreso de los Diputados en el que se establece la necesidad de comunicación inmediata de la declaración,

Siendo esto así y pese a que la declaración de estado de alarma sin duda es el instrumento jurídico válido para hacer frente a situaciones de crisis como la originada por la pandemia de covid-19, resulta lícito preguntarse en todo caso si, con anterioridad a la misma, el Gobierno podría haber recurrido al conjunto de leyes transversales con las que paulatinamente el ordenamiento se ha ido dotando de mecanismos que coadyuven a combatir sus perniciosos efectos.

3.2. EL SISTEMA DE NORMAS TRASVERSALES APLICABLES AL ESTADO DE ALARMA

Algún autor sostiene que, en aquellos casos en los que la declaración del estado de alarma se fundamenta en situaciones de crisis sanitaria, bastaría con invocar buena parte del articulado de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad o Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, o en su defecto preceptos análogos contenidos en la mayoría de los ordenamientos autonómicos que tienen atribuidas tales competencias, para afrontar en primera instancia la situación de excepcionalidad²⁷.

Continuando con esta tesis y una vez decaído el estado de alarma, las comunidades autónomas comenzaron a adoptar una batería de medidas limitativas de derechos fundamentales, acordando el aislamiento perimetral de localidades, la limitación de reuniones privadas, la cuarentena domiciliaria o el sometimiento obligado a cribados masivos que, merced a un proceso de juridificación permanente de las Administraciones Públicas, originó tal estado de inseguridad jurídica que finalmente el Gobierno vino obligado a declarar un segundo estado de alarma, el 25 de octubre de 2020²⁸.

así como el procedimiento para la solicitud, debate y votación de las prórrogas. Vid. Boletín Oficial del Estado, de 5 de marzo de 1982.

²⁷ Álvarez García, V. (2020), El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.ºs 86-87, Iustel, Madrid, p. 9

²⁸ Vid. Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2. (Boletín Oficial del Estado, de 25 de octubre de 2020). Este segundo estado de alarma estuvo vigente en nuestro país desde las 00:00 horas del 25 de octubre de 2020 a las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021, tras una prórroga de seis meses aprobada en Consejo de Ministros el 3 de noviembre de 2020.

Era esta sin embargo una medida necesaria, que había sido propuesta con anterioridad por el Consejo de Estado en su Dictamen 213/2021, de 22 de marzo, en el que se advertía sobre los graves problemas que podían llegar a generar la falta de cobertura legal que sostenía la materia sanitaria para estos casos, en tanto dicha normativa carecía «de mayor detalle y concreción, en orden a procurar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública». Pues en efecto, la normativa en todo caso predicable para estos supuestos tan solo incluye un clausulado de medidas de carácter sectorial, tales como el cierre de instalaciones, suspensión del ejercicio de actividades, incautación de productos e intervención de medios materiales y personales, que no abarca todos los supuestos requeridos y cuya aplicabilidad tampoco resulta efectiva sin la ejecución de dos normas transversales, esenciales y comunes a todo tipo de contingencias, como son la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, y la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional²⁹.

En cuanto a la primera, cabe recordar que la materia acabó consolidándose en nuestro país a partir de una institución de orígenes militares, creada en 1796: la Brigada de Artillería Volante adscrita al Real Cuerpo de Guardia de Corps. Precisamente, el art. XVI del Reglamento para su formación, servicio y permanente conservación, aprobado el 20 de febrero de 1797, establecía como uno de sus objetivos primordiales el «de emplearse en socorro de la Humanidad, en cualesquiera aflicción pública, y especialmente en apagar incendios, ocupándose de los trabajos de más riesgo y confianza»³⁰.

Más cercano en el tiempo, el primer precedente histórico de esta concepción explícita de servicio público, lo encontramos en el art. 4.2 de la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, donde se facultaba al ministro de la Gobernación para solicitar, en caso de necesidad y por conducto reglamentario, la cooperación de las unidades militares bajo el mando de sus jefes naturales. En similares términos se expresaba el art. 13 de la Ley 81/1968, de 5 de diciembre, de Incendios Forestales, donde se preveía dicha colaboración para el caso que estos rebasaran las posibilidades de extinción con los medios locales o provinciales. Y por último, el art. 1 del

²⁹ Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, y Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio y de 29 de septiembre, respectivamente.

³⁰ Roldán Pascual, J.E. (2010), De la Brigada de Artillería Volante a la Unidad Militar de Emergencias, Memorial de Artillería, n.º 166/2, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 79.

Decreto 1125/1976, de 8 de abril, sobre colaboración de las autoridades militares con las gubernativas en estados de normalidad y excepción, superaba el supuesto concreto de incendio, ampliándolo a situaciones «de graves perturbaciones del orden público, producidas por catástrofes naturales o industriales o anomalías en los servicios públicos, en estados de normalidad y excepción»³¹.

En nuestro país, donde las catástrofes naturales, lejos de los huracanes o terremotos propios de otras latitudes, se han focalizado tradicionalmente en torno a los incendios forestales, la anterior regulación evidenciaba una progresión irrenunciable hacia una concepción más amplia y moderna de las Fuerzas Armadas, que acabaría finalmente convergiendo en torno a la Defensa Nacional. Pues en efecto, el art. 21 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se establecían los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, contemplaba la intervención militar en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad, que no obstante el siguiente art. 22 dejaba abierta a toda situación «de necesidad pública de naturaleza análoga». Una definición que, en cualquier caso, supeditaba a las autoridades civiles el requerimiento para promover su mediación, como así mismo quedó reflejado en los apartados 2 y 3 del art. 2 de la Ley 2/1985, sobre Protección Civil, en la que se circunscribía la actuación de las FAS en tiempos de paz, para aquellos casos que «la gravedad de la situación de emergencia lo exija»³².

Esta precaria regulación fue completada por el sistema de coordinación, gestión y apoyo a las autoridades civiles previsto en las sucesivas Directivas de Defensa Nacional, que posibilitó el despliegue de distintas unidades en misiones de protección y auxilio a la población, tales como la riada que asoló Badajoz en 1997, la rotura de la presa de Aznalcóllar en 1998, el hundimiento del petrolero Prestige en 2002 o las intensas nevadas sufridas en Castilla y León en enero de 2005, entre otras³³. Sin embargo, muchas de estas actuaciones eran lastradas en la práctica por los distintos modelos autonómicos de Protección Civil que, con competencias compartidas en materia de Medio Ambiente y Salud Pública, dificultaban la

³¹ Vid. Boletín Oficial del Estado, de 31 de julio de 1959, 7 de diciembre de 1968 y 21 de mayo de 1976, respectivamente.

³² Vid. Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio de 1980 y de 25 de enero de 1985, respectivamente.

³³ Todas ellas sin perjuicio de las distintas intervenciones que venían realizando las Fuerzas Armadas en la lucha contra los incendios y misiones de búsqueda y rescate, así como en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el control fronterizo, vigilancia de la inmigración ilegal y el tráfico de personas, especialmente en Ceuta y Melilla.

agilidad, coordinación y eficacia requeridas para este tipo de misiones³⁴. Por otro lado, la colaboración retraía recursos y efectivos de las distintas unidades, ya de por sí alarmantemente reducidas tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, mediante la que fue suspendido el servicio militar obligatorio³⁵, así como por las cada vez más numerosas misiones internacionales que priorizaban las líneas generales de la política de defensa dentro de la órbita de la acción exterior del Estado.

El cambio de paradigma se produjo con la Directiva de Defensa Nacional 1/2004, de 30 de diciembre, cuyas directrices otorgaban un peso significativo a la cooperación con las distintas Administraciones territoriales, proponiendo además el desarrollo de un sistema nacional de crisis en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en aras a garantizar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos³⁶. Poco tiempo después, el art. 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, vendría a materializar parte de estas directrices, atribuyendo a las Fuerzas Armadas el deber de preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los ya conocidos supuestos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, para lo que el siguiente art. 16.c) de la misma Ley Orgánica de Defensa establecía el consabido principio de colaboración con las diferentes Administraciones territoriales. Hay que decir que la tramitación de la norma vino precedida de un desgraciado suceso que sacudió a la opinión pública, puesto que el verano anterior un devastador incendio había asolado la provincia de Guadalajara. El siniestro se cobró la vida de once agentes forestales y acabó impulsando definitivamente la creación de un cuerpo militar altamente especializado, que pudiera ser desplegado con carácter urgente en cualquier punto de la geografía nacional.

³⁴ No obstante la vigente normativa estatal en materia de Protección Civil, ejercida con carácter exclusivo a través de la atribución contemplada ex art. 149.1.29 CE en materia de Seguridad Pública, la doctrina constitucional, entre otras las Sentencias del Tribunal Constitucional 123/1984, de 18 de diciembre, 133/1990, de 19 de julio, y 58/2017, de 11 de mayo, ha permitido que las comunidades autónomas asuman competencias legislativas a través de sus respectivos Estatutos.

³⁵ Vid. Boletín Oficial del Estado, de 19 de mayo de 1999. La entrada en vigor fue finalmente anticipada al 31 de diciembre de diciembre de 2001, tras la publicación del Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, por el que se adelantaba la suspensión de la prestación del servicio militar.

³⁶ <https://armada.defensa.gob.es/ArmadaPortal/ShowProperty?nodePath=/BEA%20Repository/Desktops/Portal/ArmadaEspannola/Pages/mardigitaldocinstitutoc/01docu-institucional-defensa/05directiva-defensa-nacional/01directivadefensanacional-es/doc02directivadefensanacional04//archivo> [Consultado el 17 de noviembre de 2020].

Precisamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de octubre de 2005, creó la Unidad Militar de Emergencias³⁷, como fuerza conjunta, de naturaleza y estructura militar, encuadrada orgánicamente en el Ministerio de Defensa, cuya principal función residiría en servir de apoyo al sistema de Protección Civil³⁸. Un objetivo esencial, subrayado tanto en su primer protocolo de actuación, cuyo reglamento sería anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008, al entender que tenía carácter ejecutivo y que como tal no había sido recabado el Dictamen del Consejo de Estado, así como en el finalmente aprobado mediante Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio³⁹.

El protocolo no recoge su intervención expresa en situaciones de crisis sanitarias, por lo que la cláusula residual del art. 1.3.f), que remite en última instancia a la potestad discrecional del presidente del Gobierno para ordenar la actuación, deriva expresamente del art. 1.1 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, en el que se define la respuesta estatal frente a los distintos tipos de emergencias originadas por catástrofes naturales o «derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada». Por tanto, la actuación de la Unidad Militar de Emergencias se articula en el art. 37 de la Ley con carácter principal, aunque el mismo precepto previene así mismo la posibilidad de colaboración en materia de Protección Civil con el resto de unidades específicas de las Fuerzas Armadas.

³⁷ Vid. Resolución de 19 de enero de 2006, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se crea la Unidad Militar de Emergencias. Boletín Oficial del Estado, de 20 de enero de 2006. La Unidad Militar de Emergencias quedó incardinada en la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas tras la publicación del Real Decreto 416/2006, de 11 de abril, por el que se establecía la organización y el despliegue de la Fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, así como de la Unidad Militar de Emergencias. Boletín Oficial del Estado, de 22 de abril de 2006. En la actualidad, su estructura viene conformada a partir del art. 21 del Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, en el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas. Boletín Oficial del Estado, de 21 de mayo de 2020.

³⁸ Hasta la creación de la Unidad Militar de Emergencias, la colaboración venía limitado por Plan COP 00060 *Tormenta Negra*, aprobado en septiembre de 2000. El mismo contemplaba *módulos de fuerza* en apoyo de los planes de protección civil, que fueron sustituidos tras la aprobación del protocolo de intervención, por la Directiva Inicial Militar 05/08 y el correspondiente OPLAN UME 02/2008, en el que esta quedaba regulada como primer escalón de intervención.

³⁹ Vid. Real Decreto 399/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba el protocolo de intervención de la Unidad Militar de Emergencias. Boletín Oficial del Estado, de 1 de junio de 2007. Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio, por el que se aprueba el Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencias. Boletín Oficial del Estado, de 26 de julio de 2011.

En cualquier caso ambas intervenciones vendrían legitimadas para situaciones de crisis sanitarias como la que dio origen a la declaración del estado de alarma, puesto que la normativa introdujo un nuevo estado de emergencia nacional, atenuando garantías constitucionalmente prescritas para los casos de alarma, excepción y sitio, que sería denominado bajo el concepto de «situaciones de interés para las seguridad nacional», y que el art. 23.2 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, definiría como aquellas en las que «por la gravedad de sus efectos y la dimensión, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias, bajo la dirección del Gobierno, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles». Esta última referencia legitima la mediación de las Fuerzas Armadas, a la que por otro lado alude expresamente la Disposición Final Primera de la Ley, vinculado el título competencial habilitante con las competencias exclusivas en materia de defensa que el artículo 149.1.4.º CE atribuyen al Estado.

La Seguridad Nacional resulta por tanto un concepto subsumible en la Defensa Nacional que, no olvidemos, es la función primordial de las Fuerzas Armadas. El art. 3 de la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero, establecía la seguridad de la Nación entre los objetivos fundamentales que debían presidir la acción del Gobierno, que el art. 37 encomendaba garantizar a las Fuerzas Armadas⁴⁰. Como no podía ser de otro modo, esta misma concepción integral se mantuvo en el periodo constituyente y el art. 2 Ley 83/1978, de 28 de diciembre, por la que se regulaban las funciones de los distintos Órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional, definía esta como parte integrante de la política general, estableciendo entre sus fines «la vida de la población y los intereses vitales de la Patria», mientras que en similares términos el art. 4 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, por la que se aprobaron las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, les atribuía carácter de alerta permanente en materia de Seguridad Nacional⁴¹. Poco después, el art. 3 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, en la que se regulaban los criterios básicos de

⁴⁰ Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero. Boletín Oficial del Estado, de 11 de enero de 1967.

⁴¹ Ley 83/1978, de 28 de diciembre, por la que se regulan las funciones de los distintos Órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional, y Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Boletín Oficial del Estado, de 12 de enero de 1979.

la Defensa Nacional y la organización militar, conminaba al legislativo a tipificar esta competencia, de marcada atribución estatal, de tal manera que pasara a constituir «un conjunto armónico que proporcione una efectiva Seguridad Nacional»⁴².

Sin embargo, el mandato fue postergado, supeditándose a criterios de oportunidad política, y el desarrollo orgánico de la Defensa del Estado se mantuvo imperturbable en el marco general del art. 97 CE, donde se atribuye la dirección de la misma al Gobierno, en tanto órgano colegiado, y al presidente en cuanto a la organización militar y las funciones previstas en la legislación ordinaria⁴³. Así pues, sin perjuicio del mando supremo que corresponde al rey (art. 62.h. CE), no cabe duda que el poder ejecutivo detenta la dirección efectiva de las Fuerzas Armadas, conceptuada como actividad extraordinaria del Estado, a través de la política de defensa, pues como afirman algunos autores «esta función no es legislativa ni administrativa ni jurisdiccional, sino que se trata de una actividad fáctica que se desarrolla en el marco de las normas internas de los Estados y del derecho internacional»⁴⁴.

Bajo estas premisas fue finalmente aprobada de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, cuyo el art. 15.3 ligaba los conceptos de seguridad y defensa al conjunto de las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas, encargadas de «preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas». El legislador trasladaba así al ámbito de la Defensa Nacional una acepción moderna de la institución que, tal y como hemos visto, por entonces se encontraba únicamente presente en materia de Protección Civil. Y ambas nociones quedaron definitivamente incardinadas en el sistema conjunto de la Seguridad Nacional tras la entrada en vigor de la actual Ley 36/2015, de 28 de septiembre, entendida de manera integral, en cuanto a «acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento

⁴² Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar. Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio de 1980.

⁴³ Art. 2.2.f). Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Boletín Oficial del Estado, de 28 de noviembre de 1997.

⁴⁴ Moret Millás, V. (2017), La Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Nacional: un nuevo entorno jurídico para la Defensa, *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 107, Ministerio de Defensa. Madrid, p. 37.

de los compromisos asumidos» (art. 3 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional).

En puridad, la norma vino a regular una nueva situación de emergencia, destinada a hacer frente a aquellas circunstancias de contingencia comunitaria que no alcanzasen el grado de amenaza o severidad tipificado para los casos de alarma, excepción y sitio, con un ámbito de atribución más limitado, aunque exento de la autorización del Ejecutivo en el supuesto de eventuales prórrogas. En este sentido, el art. 10 de la citada Ley 36/2015, de 28 de septiembre, recoge una serie de ámbitos prevalentes de intervención, entre los que se encuentra la gestión de crisis derivadas de amenaza o riesgo para la Seguridad Nacional, desarrollada en los siguientes arts. 22 a 26, mientras que la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2016, de 3 de noviembre, llegó a reconocer que en estos casos el Ejecutivo tiene competencia para fijar el ámbito territorial afectado, la temporalidad, el nombramiento de las autoridades delegadas, así como la asignación de los recursos materiales y humanos que fueran necesarios para afrontarla con garantías.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, cabría afirmar que la situación de emergencia social vivida en los días previos a la declaración del estado de alarma habría facultado al Gobierno para ejecutar un conjunto de leyes transversales, permitiéndole desplegar una amplia batería de recursos destinados a salvaguardar los bienes públicos y la vida de las personas, entre ellos la movilización de las Fuerzas Armadas. Sin embargo este sistema normativo quedó sin activar y nunca sabremos qué podría haber ocurrido si las unidades militares hubiesen sido empleadas como primera y necesaria barrera de protección, antes de decidir una medida de carácter tan excepcional como la declaración del estado de alarma.

4. LA OPERACIÓN BALMIS

4.1. LAS ROE COMO REGLAS DE COMPORTAMIENTO EN SITUACIONES DE EXCEPCIÓN

La Constitución no recoge ninguna mención expresa a la actuación de las Fuerzas Armadas durante los estados de emergencia nacional. Es una carencia que únicamente resulta entendible en el contexto en el que resultó aprobada, así como en los recelos, ciertamente injustificados, que durante el periodo constituyente llegó a despertar la institución entre algunos

grupos políticos. Y como esta desconfianza se mantuvo hasta tiempo después, la LOEAES acabó contemplando únicamente su intervención para el caso de declaración del estado de sitio, hasta que la profesionalidad y el alto grado de eficacia acreditado en las distintas misiones encomendadas en las últimas décadas fue rectificando dichos prejuicios irracionales, de manera que, en la actualidad, incluso los sectores más reacios han ido persuadiéndose de la eficacia de las Fuerzas Armadas requiriendo en no pocas ocasiones su cooperación bajo los parámetros de lealtad y normalidad democrática que, en definitiva, deben presidir las relaciones entre las instituciones del Estado.

A ello también ha contribuido el ordenamiento jurídico, tipificando su intervención para facilitar el despliegue de distintas unidades dentro del territorio nacional, en circunstancias de catástrofes naturales o bajo el contexto de situaciones en las que primaba el interés para la seguridad colectiva, tal y como hemos visto. Por esta razón, aunque la Constitución no contemple expresamente la actuación de la Fuerzas Armadas en el curso de los estados de alarma, parte de la doctrina sostiene que, si en situaciones menos comprometidas las autoridades civiles podrían solicitarla, «no resultaría razonable que en los supuestos de emergencias más graves el Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados, no pudiese acudir a las mismas para hacer frente a la concreta crisis; debiendo respetar esta medida siempre, eso sí, el principio de proporcionalidad en el caso de procederse a su adopción»⁴⁵.

Así debió entenderlo el Gobierno al contemplar la posibilidad de que las autoridades delegadas pudieran requerir la actuación de las Fuerzas Armadas (art. 5.5 Real Decreto 463/2020). Fue en este caso la ministra quien atribuyó al jefe del Estado Mayor de la Defensa el mando único de todas las medidas a ejecutar, incluida la movilización de reservistas (Cláusula 3.ª c y d. Instrucción del Ministerio de Defensa, de 15 de marzo de 2020), posibilitando a través de la Directiva Inicial Militar 15/20 el planeamiento operativo y posterior desarrollo del OPLAN 00103, con la finalidad de integrar los recursos militares en el conjunto de instrumentos estatales que debían hacer frente a la situación de emergencia nacional.

En el marco del Derecho Operativo, las instrucciones contenidas en el mismo se equiparan a las ROE, en tanto directivas de orden militar en las que el mando operativo define las formas y medios a emplear en aquellas

⁴⁵ Álvarez García. V. (2019), Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (II): El Derecho Constitucional de Excepción y las autoridades militares, Revista General de Derecho Administrativo, n.º 51, Iustel, Madrid, p. 19.

intervenciones que deban dar cumplimiento a la misión encomendada⁴⁶. Son el instrumento a través del cual el mando asigna pautas, criterios y normas de actuación para la eficaz resolución de un concreto cometido militar, por lo que necesariamente deben incluir cláusulas sobre el empleo gradual y proporcionado de la violencia, admitiendo incluso el recurso a la fuerza letal en el curso de la operación.

Tradicionalmente, el apelativo conminatorio ha catalogado las ROE como directivas exclusivamente vinculadas al uso legítimo de la fuerza, si bien las distintas misiones encomendadas en el orden externo han ido poniendo de manifiesto que dicha definición resulta hoy en día difícil de encajar dentro del marco jurídico internacional, matizando en la actualidad el concepto, de tal forma que la doctrina vigente se refiere a ellas como «normas de carácter operativo ajustadas a Derecho, que proporcionan a las comandantes de todos los escalones de mando y a los miembros de las unidades, guía y respaldo para el empleo de la fuerza determinando las circunstancias, condiciones, grado y forma en las que se puede, o no, aplicar»⁴⁷.

En cualquier caso, una clasificación elemental de las mismas permitiría distinguir entre situaciones de guerra y situaciones de paz. Estas últimas directivas regularían las operaciones destinadas a ser desempeñadas en el ámbito de la reconstrucción y asistencia humanitaria, tipificando conductas que no entrañarían necesariamente el empleo de la fuerza⁴⁸. Las circunstancias bajo las que se puso en marcha la operación Balmis permitirían vincular las ROE implícitas al OPLAN 00103 bajo este último concepto, equiparando el uso de la fuerza al contexto de las misiones internacionales y el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas, esto es: para el caso de intervenciones arbitrales en conflictos ar-

⁴⁶ Lorenzo Ponce de León, R. (2012), Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de Derecho en operaciones militares, *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 99, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 47.

⁴⁷ Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas (2018), *Publicación Doctrinal Conjunta PDC-01 (A)*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 25. Sin perjuicio de ello, no está de más recordar el anterior Glosario de Términos Militares, donde se contenía una definición más amplia de las ROE como todas aquellas directivas que, sin asignar cometidos ni dar instrucción táctica, «emanan de la autoridad militar para especificar las circunstancias y limitaciones en las que las fuerzas iniciarán o continuarán un enfrentamiento con otras fuerzas. Definen las circunstancias, condiciones, grado y forma bajo las que se puede o no aplicar la fuerza. Están redactadas en forma de prohibiciones, limitaciones y autorizaciones que regulan la aplicación controlada de la fuerza». *RE7-013. Glosario de términos militares*, (2003), Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ministerio de Defensa, Madrid, p. 181.

⁴⁸ Eflein, D.R. (1988), A Case Study of Rules of Engagement in Joint Operations: The Air Force Shootdown of Army Helicopters in Operation Provide Comfort, *The Air Force Law Review*, n.º 44; citado por Lorenzo Ponce de León, R., *ob.cit.*, p. 109.

mados u operaciones de reconstrucción, en las que su empleo se limite a los supuestos de legítima defensa bajo los principios de necesidad, distinción y proporcionalidad⁴⁹.

A nuestro juicio, una definición moderna de las ROE, adaptada al rechazo de las Fuerzas Armadas en los casos previstos en la normativa de Defensa Nacional y a los estados de emergencia como el originado tras la pandemia de covid-19, en los que el concepto de fuerza no aparece necesariamente ligado al de violencia, obligaría a conceptualizar este tipo de directrices más bien como Reglas de comportamiento antes que de enfrentamiento o conflicto en sentido estricto⁵⁰.

En cualquier caso y dado que en puridad se trata de órdenes, el quebrantamiento de las mismas deberá interpretarse de conformidad con el régimen disciplinario militar. Ello no quiere decir que no se encuentren sujetas al ordenamiento jurídico, pues al igual que toda norma emanada de autoridad pública, las ROE están dotadas de eficacia y alcance propios, por lo que tanto su regulación como la interpretación del clausulado deberán coherenciarse de conformidad a la legislación vigente. Su promulgación, por tanto, no entraña requisito ni presupuesto previo para garantizar la legitimidad de las operaciones militares, aunque sí «la vigencia de los principios y preceptos del Derecho interno español, siempre que estos sean tenidos en cuenta a la hora de su formulación, permitiendo de este modo su cristalización y delimitación respecto a una operación o misión en particular»⁵¹.

En este sentido, en el marco del Real Decreto 463/20, la ministra encomendó al jefe de Estado Mayor de la Defensa la ejecución de medidas reservadas a su propia área competencial: policía militar, transporte logístico terrestre, aerotransporte general y capacidades de aerotransporte medicalizado, control de tráfico aéreo, así como de navegación marítima, puertos y aeropuertos, alojamientos logísticos y establecimiento de campamentos militares, junto a las referidas al ámbito de actuación de la Inspección General de Sanidad de la Defensa, de acuerdo al ordenamiento interno (Cláusulas 4.^a y 5.^a Instrucción del Ministerio de Defensa, de 15 de marzo

⁴⁹ El Anexo E OPLAN 00103 del CMOPS contenía directrices de actuación para el uso de fuerza controlada en determinadas situaciones tácticas, que fueron completadas en el Anexo E OPORD 001 del MCT, emitida el 21 de marzo de 2020, respecto al apoyo colaborativo con las FCS y en asimilación a lo tipificado en su propia normativa reguladora.

⁵⁰ Zarranz Domenech, G. (2001), Los parámetros del uso de la fuerza: las ROE VV.AA. *Lecciones de Derecho Operativo*, Asesoría Jurídica General de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, p.147.

⁵¹ Lorenzo Ponce de León, R, ob.cit., pp. 118 y 119.

de 2020). Y esta delegación fue poco después ampliada para hacer frente a la protección de transeúntes y asentamientos chabolistas⁵².

Con posterioridad, otros dos departamentos gubernativos solicitaron la colaboración del personal militar para ejecutar atribuciones externas al ámbito del Ministerio de Defensa, siempre con carácter excepcional y con eficacia limitada a la vigencia del estado de alarma. De este modo, en materia de policía mortuoria y ante la imposibilidad de los servicios funerarios ordinarios para proceder a la numerosa retirada, traslado y depósito de cadáveres que, desgraciadamente, estaba originando la pandemia, el art. 1 de la Orden del Ministerio de Sanidad 296/2020, de 27 de marzo, facultó al personal militar para complementar la iniciativa privada⁵³. Además, el ministro de Sanidad dictó la Orden 351/2020, de 16 de abril, habilitando tanto las secciones de NBQ como a la Unidad Militar de Emergencia en el empleo de biocidas, dentro del marco de desinfección de espacios públicos⁵⁴, y el ministro del Interior la Orden 248/2020, de 16 de marzo, estableciendo los criterios de actuación de las Fuerzas Armadas en materia de controles fronterizos, de conformidad con lo establecido en el art. 16 Real Decreto 463/2020, en cuanto a inspección y vigilancia⁵⁵.

⁵² Instrucción de 16 de marzo de 2020, del Ministerio de Defensa, por la que se establecen medidas para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el ámbito del Ministerio de Defensa. Boletín Oficial del Estado, de 17 de marzo de 2020.

⁵³ Orden del Ministerio de Sanidad 296/2020, de 27 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales para el traslado de cadáveres ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Boletín Oficial del Estado, de 28 de marzo de 2020.

⁵⁴ Orden del Ministerio de Sanidad 351/2020, de 16 de abril, por la que se autoriza a las unidades NBQ de las Fuerzas Armadas y a la Unidad Militar de Emergencias a utilizar biocidas autorizados por el Ministerio de Sanidad en labores de desinfección para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Boletín Oficial del Estado, de 17 de abril de 2020. Es justo señalar la participación junto a las unidades reseñadas de los equipos de desinfección, desinsectación y desratización dependientes de los servicios veterinarios de la Armada, el Ejército del Aire y la Guardia Real. La ejecución de esta medida fue confirmada por la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sendos Autos aprobados el 4 de mayo y el 17 de junio de 2020, denegando las medidas cautelares propuestas por los recurrentes. Con posterioridad, la misma Sección y Sala, en Sentencia 1772/2020, de 17 de diciembre, inadmitiría el recurso por falta de acreditación de la legitimación activa de los mismos.

⁵⁵ Orden del Ministerio del Interior 248/2020, de 16 de marzo, por la que se establecen los criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante el restablecimiento temporal de controles fronterizos. Boletín Oficial del Estado, de 18 de marzo de 2020.

4.2. EL PERSONAL MILITAR COMO AGENTE DE LA AUTORIDAD DELEGADA

Como se ha argumentado, las situaciones de emergencia nacional no solo subvierten temporalmente el equilibrio de poderes del Estado, sino también el sistema ordinario de reparto de competencias entre las distintas Administraciones, justificando su concentración en el Ejecutivo en aras a la urgente protección de bienes esenciales para los ciudadanos. Y en este sentido, aunque el art. 7 LOEAES admite excepcionalmente la delegación de poderes a favor de los presidentes autonómicos cuando el ámbito afectado quede reducido exclusivamente a todo o parte de su circunscripción, al quedar determinado en el art. 2 Real Decreto 463/2020 que dicho ámbito comprendía todo el territorio nacional, las competencias fueron centralizadas en el Gobierno bajo la superior dirección política del presidente (art. 97 CE).

El reparto de poderes gubernativos quedó liberado de este modo en cuatro áreas de responsabilidad ministerial, presididas por sus respectivos titulares: Sanidad, Defensa, Interior y Transporte (art. 4.2 Real Decreto 463/2020), siendo el primero de ellos y con carácter residual, la autoridad competente delegada en todas aquellas atribuciones que no recayeran en el resto de departamentos. De este modo, en virtud del art. 9 LOEAES, tanto las autoridades civiles como el personal al servicio de las distintas Administraciones, incluidos policías autonómicos y locales, quedaron bajo las órdenes directas de estas cuatro autoridades delegadas, pudiendo ser sancionados e incluso suspendidos en el ejercicio de sus cargos en caso de incumplimiento o resistencia a las mismas (art. 10 LOEAES).

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la LOEAES otorga un amplio marco de discrecionalidad al Gobierno para proceder a delegar determinadas competencias en autoridades externas, tal y como ocurrió en la crisis de los controladores cuando estos quedaron bajo las órdenes directas del jefe del Estado Mayor del Aire, por lo que la declaración del estado de alarma podría haber incluido una remisión expresa a la superior dirección militar. En cualquier caso y pese a que la presencia de los mandos militares se encuentra garantizada en los órganos de decisión de crisis a través del Comité de Especializado del Consejo de Seguridad Nacional, activado con la declaración del estado de alarma (art. 4.4 Real Decreto 463/2020, en relación con el art. 21.3.2 Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional), la ministra de Defensa facultó el ejercicio de sus propias atribuciones en la figura del jefe del Estado Mayor de la Defensa (art. 5. Instrucción Ministerio de Defensa, 15 de marzo de 2020), integrando en el

mismo todos los recursos necesarios para el cumplimiento de los ámbitos competenciales previstos en el art. 11 LOEAES.

Sin embargo, entre las numerosas intervenciones realizadas en el curso de la operación Balmis, a nuestro modo de ver dos de ellas revistieron especial relevancia jurídica: el despliegue en apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la consolidación de infraestructuras críticas (art. 18.1 Real Decreto 463/2020), y la vigilancia de vías públicas en relación con la limitación de circulación de personas y vehículos (art. 7 Real Decreto 463/2020)⁵⁶. En cuanto a esta última y pese a que la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, el art. 11.a) LOEAES contempla por el contrario la adopción de medidas temporales tendentes a restringir la libertad ambulatoria garantizada por el art. 19 CE. La ciudadanía está obligada a respetar dicha prohibición, así como a colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad encargados de practicar las comprobaciones oportunas (art. 5 Real Decreto 463/2020), de tal modo que el incumplimiento o resistencia a los mismos podría revestir sanciones penales (art. 10.1 LOEAES, en relación artículos 550 a 556 Código Penal).

En nuestro derecho, el concepto de agente de la autoridad ha venido tradicionalmente vinculado al ejercicio de los poderes del Estado (Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1933, 20 de noviembre de 1963 y 5 de junio de 1965, entre otras). En este sentido, resulta entendible que sea predicable respecto de los funcionarios de prisiones, en tanto sus órdenes dimanen de potestades públicas (Sentencia del Tribunal Supremo 851/2018, de 31 de mayo), pero no de los vigilantes de seguridad, sujetos al ámbito privado (Sentencia del Tribunal Supremo 1051/1992, de 6 de mayo). No obstante, también es cierto que la jurisprudencia ha venido sosteniendo tal vis expansiva, admitiendo el mismo concepto respecto a notarios, jueces de paz, inspectores de trabajo, catedráticos, delegados de Hacienda, jefes provinciales de Correos e incluso curas párrocos (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 febrero 1986), que en la actualidad, habiendo sido reconocido tanto para decanos de colegios profesionales como para médicos de atención primaria (Sentencias del Tribunal

⁵⁶ A título de ejemplo, cabe señalar la colaboración con la Guardia Civil en puestos fronterizos con Portugal, Francia y Marruecos, así como en la vigilancia de las centrales nucleares de Cofrentes, Almaraz y Trillo, mientras que la sección de Policía Militar de la Brigada Extremadura XI realizó patrullas conjuntas con el Cuerpo Nacional de Policía para la vigilancia de infraestructuras críticas, como Mercabadaoz, y otras de carácter esencial, como el Hospital Universitario, subestaciones eléctricas, estación de trenes, centros para transeúntes y depósitos de agua. Vid. VV.AA. (2020), Despliegue en la calles, *Revista Española de Defensa*, n.º 372, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 16-17 y 19.

Supremo 1310/2002, de 9 julio y 1030/2007, de 4 de diciembre, respectivamente), el concepto corre serio peligro de ser vaciado de contenido.

No obstante, en nuestro caso la relevancia de los efectos derivados del ejercicio de la autoridad vendría dada por el art. 24.1 Código Penal. Y en este sentido, la jurisprudencia ha reiterado que dicho precepto no se corresponde con una norma penal en blanco, susceptible de complementación hermenéutica (Sentencia del Tribunal Supremo 793/2006, de 14 julio), sino que, antes al contrario, la misma debe ser interpretada en el ámbito de aplicación del art. 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁵⁷, en el que se establece que el carácter de agente de autoridad resulta únicamente predicable de sus miembros en el ejercicio de las funciones que les son propias, entre ellas el mantenimiento del orden público como garantía constitucional de la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE)⁵⁸. Pues en efecto, dado que el Estado debe ejercitar la potestad coactiva cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales o libertades públicas, la relevancia penal del concepto de agente de la autoridad se encontraría inextricablemente ligada a esa capacidad de restricción o control de la convivencia social que le es propia.

El mantenimiento del orden público es por tanto una función de naturaleza constitucional atribuida en exclusiva a los agentes de la autoridad. De ahí que, en nuestro caso, la naturaleza predicable respecto de las intervenciones del personal militar deba ajustarse al orden colaborativo con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en situaciones de emergencia nacional, de conformidad con la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 463/2020. De este modo, mientras que el art. 29 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprobaron las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas, atribuye a la policía militar el carácter de agentes de la autoridad⁵⁹, en el ejercicio de las funciones contempladas en el siguiente art. 30 (vigilancia, custodia y escolta de convoyes, protección

⁵⁷ Boletín Oficial del Estado, de 14 de marzo de 1986.

⁵⁸ En este sentido, cabe recordar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1982, de 8 de junio, vino a establecer que «el orden público, en su vertiente de seguridad pública, comprende la actividad administrativa dirigida a hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas».

⁵⁹ No está de más recordar que el art. 408 del Real Decreto 2945/1983, de 9 de mayo, mediante el que se aprobaron las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, ya les otorgaba carácter de agentes de la autoridad, mientras el art. 413 les confería, en ausencia de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la posibilidad de intervención en casos de flagrante delito. Sin embargo, el Título XVIII, que incluía ambos preceptos, resultó derogado por la Disposición Derogatoria Única del citado Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero.

miembros de las Fuerzas Armadas, identificación de vehículos y personas, custodia y conducción de presos, entre otras), así como en el desempeño de actuaciones conjuntas con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 31), dicha prerrogativa viene dada para el resto del personal militar en los dos únicos supuestos contemplados en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 194/2010:

1. En actuaciones bajo el mando o control operativo de la Unidad Militar de Emergencia, y en colaboración con las autoridades civiles, en situaciones de emergencia que tengan origen en causas naturales o riesgo tecnológico, químico, nuclear o radiológico.
2. En operaciones de vigilancia y protección de infraestructuras y bienes públicos derivados de atentados terroristas u otros actos ilícitos o violentos.

Como cabe apreciar, la normativa no contempla expresamente la intervención con carácter de agente de la autoridad del personal militar en situaciones de crisis sanitarias como la originada por la pandemia de covid-19. Es por esto que la Disposición Adicional Quinta Real Decreto 463/2020 debió remitirse a la cláusula residual contemplada en el art.15.3 Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, para ampliar el objeto de su actuación a «otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente», en clara referencia a la LOEAES. A nuestro juicio, el ámbito de actuación material, territorial y temporal del personal militar como agente de la autoridad vendría conformado por el ejercicio de la potestad delegada establecida en la misma, pese a que sus funciones quedarían restringidas al ámbito del apoyo colaborativo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad diseñado en el marco del art. 5 Real Decreto 463/2020.

Teniendo presente lo anterior, su actuación deberá cumplir en todo caso los requisitos prevenidos en el apartado 2. Disposición Adicional Primera Real Decreto 194/2010. En primer lugar, habrá de venir precedida de una orden ejecutiva emanada de la autoridad militar competente, tal y como se previno en la citada OPORD 001. En segundo lugar, los efectivos asignados deberán tener la formación y preparación adecuadas, acreditándose en este sentido la aptitud para el desempeño con la certificación expedida tras la actualización bianual de la Guía de Instrucción de Puesto Tácito n.º 35 (agente de la autoridad). Por último, el personal interviniente habrá de llevar sobre el uniforme brazalete, chaleco, distintivo y tarjeta de identificación personal que le acredite como agentes de la autoridad, tal y

como exige la Orden del Ministerio de Defensa 316/2015, de 23 de febrero, por la que se aprueba los medios de identificación que deberán portar los miembros de las Fuerzas Armadas para estos casos⁶⁰.

Bajo estos parámetros, la intervención del personal militar en el desarrollo de actuaciones conjuntas con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ajustó en todo momento a la legalidad vigente. No obstante, en aras de la seguridad jurídica y en previsión de operativos similares, se instase una propuesta de armonización de todos estos supuestos bajo un texto único, que corrigiese lagunas y evitase interpretaciones extemporáneas o remisiones normativas como la contemplada en la Disposición Adicional Quinta Real Decreto 463/2020.

5. CONCLUSIONES

La operación Balmis no solo ha puesto de manifiesto la importancia del personal militar en la lucha frente a la mayor crisis sanitaria de nuestra historia reciente, sino la eficacia del Derecho Operativo como instrumento sumamente válido para combatirla. En el marco de la autoridad delegada por el Ministerio de Defensa, las directrices del jefe del Estado Mayor de la Defensa y el OPLAN 00103, así como el conjunto de ROE anexadas al mismo, se han ajustado funcionalmente a las exigencias constitucionales del Derecho de Excepción, resolviendo no pocas lagunas jurídicas de manera rigurosa y efectiva.

Sin embargo, la práctica demuestra que no existen niveles de actuación jurídicos completos. La realidad suele poner en entredicho el ordenamiento vigente, descubriendo lagunas que la experiencia se encarga de cubrir a posteriori. Urge, por esta razón, adaptar la normativa vigente a la normalidad institucional que preside las relaciones entre las Fuerzas Armadas y las autoridades civiles, en el marco del respeto competencial recíproco, de colaboración y auxilio en interés de todos los ciudadanos, pues siendo este un cambio de paradigma común entre los Estados occidentales, sin duda está llamado a cobrar especial relevancia en un país con un sistema de Administración tan descentralizado como el nuestro.

A ello alude en cierto modo la vigente Directiva de Defensa Nacional, aprobada en plena desescalada del estado de alarma, requiriendo una mayor consolidación de los mecanismos de cooperación a través de los

⁶⁰ BOE, de 27 de febrero de 2015.

principios de coherencia, eficacia y racionalidad de los recursos públicos⁶¹. Un propósito colectivo que debería integrar, así mismo, tanto a la sociedad civil como a las empresas privadas, «en una apuesta decidida y sin complejos, como ocurre en países de nuestra órbita, para potenciar la cultura de Defensa y las formas de colaboración público-privadas»⁶².

Y es que, en el mundo globalizado en el que compartimos, son cada vez más las voces que demandan un mayor nivel de regularización que evite futuras crisis pandémicas⁶³. En este sentido, es probable que en los próximos meses asistamos a distintas propuestas de *lege ferenda* encaminadas a modificar o sustituir el marco actual de la LOEAES, así como la normativa vigente en materia de Defensa y Seguridad Nacional, que debería ser aprovechada para dotar de seguridad jurídica la, hasta ahora, incierta participación del personal militar en supuestos de emergencia nacional. Como hemos señalado, sería deseable asegurar las situaciones en las que ejerzan como agentes de la autoridad en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, garantizando así mismo las delegaciones competenciales en el empleo de biocidas y certificaciones NBQ, o incluso una definición más completa de la estructura de mando y control, que debería sopesar la necesidad de un órgano permanente para la gestión de crisis, un comité especializado estructurado tal vez en el seno del Consejo de Seguridad Nacional contemplado en el art. 17 Ley 36/2015, de 28 de septiembre, con independencia funcional suficiente para prevenir, organizar y ejecutar respuestas con la celeridad requerida para estos casos.

Porque, si bien el desafío de enfrentarse a situaciones de crisis excepcionales como la vivida con la pandemia de covid-19 ha escenificado el protagonismo de las Fuerzas Armadas, siendo esta la institución que en mayor grado ha sostenido la confianza de los ciudadanos, dotada de *autoritas*, de fuerza moral, plena eficacia y capacidad de adaptación constantes, también ha evidenciado que las normas transversales aplicables a las mismas requieren adaptarse a las futuras actuaciones que habrán de producirse en este ámbito. Sin duda, la operación Balmis ejemplifica todo esto. Ha mostrado la eficacia de nuestras Fuerzas Armadas, debida en gran parte a su estructura operativa: una estructura ágil y flexible que ha permitido disponer de una adecuada capacidad de reacción para luchar contra la pandemia, testimoniando la capacidad de planificación, preparación y despliegue del personal militar.

⁶¹ Directiva de Defensa Nacional 2020, ob. cit., p.10.

⁶² Moret Millás, V., ob. cit., p. 64.

⁶³ Priego Moreno, A. (2020), COVID-10. Una radiografía de la pandemia, *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 19, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 728.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Vicente, (1996), *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid.
- (2019), *Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (I): las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis*, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50, Iustel, Madrid.
- (2019), *Poderes de Necesidad y Fuerzas Armadas (II): El Derecho Constitucional de Excepción y las autoridades militares*, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 51, Iustel, Madrid.
- (2020), *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-8, Iustel, Madrid.
- Espinosa de los Monteros Rosillo, Leticia, (2020), *Los mensajes del Rey en la Pascua Militar (1976-2016). El poder de la palabra Real*, *Fundación Universitaria Española*, Madrid.
- Fernández Rodríguez, José Julio, (2020). *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19. Documento de Opinión*, n.º 43, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Gonzalo, Beatriz, (2020), *La Operación nacional más grande jamás montada*, *Tierra*, n.º especial, julio, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Gómez Ruíz, Francisco Javier, López Andrés, Pablo, (2020), *Aspectos Jurídicos de la operación Balmis*, *Revista Ejército*, n.º 953, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Jar Couselo, Gonzalo, (2007), *Los Ejércitos como actores en las emergencias humanitarias*, *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 9, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Lorenzo Ponce de León, Rodrigo, (2012), *Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de Derecho en operaciones militares*, *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 99, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Moret Millás, Vicente, (2017). *La Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Nacional: un nuevo entorno jurídico para la Defensa*, *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 107, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Pérez de Francisco, Eugenio, coord. (2015), *Manual de Derecho Operativo*, Marcial Pons, Madrid.

- Priego Moreno, Alberto, (2020), COVID-10. Una radiografía de la pandemia, Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos, n.º 19, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Roldán Pascual. José Emilio (2020), De la Brigada de Artillería Volante a la Unidad Militar de Emergencias, Memorial de Artillería, n.º 166/2, Ministerio de Defensa, Madrid.
- (2013), Introducción, España ante las emergencias y catástrofes. Las Fuerzas Armadas en colaboración con las autoridades civiles, Cuadernos de Estrategia, n.º 165, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid.
- Zarranz Domenech, Gonzalo (2001), Los parámetros del uso de la fuerza: las ROE, VV.AA., Lecciones de Derecho Operativo, Asesoría Jurídica General de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid.

REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y SU CONSIDERACIÓN COMO AGENTES DE LA AUTORIDAD

Pablo Moya Aznárez
Capitán auditor

Resumen

El estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas se ha articulado tradicionalmente sobre el concepto de fuerza armada; un estatuto jurídico que, a priori, parece que ha quedado obsoleto en el marco del ejercicio de las funciones públicas. Así, en el resto de la Administración, el desempeño de funciones públicas frente a terceros aparece generalmente revestido del estatuto de agente de la autoridad.

No obstante, las Fuerzas Armadas, como herramienta al servicio de la Administración para el cumplimiento de sus fines y la satisfacción del interés general, ha incluido la posibilidad, en su normativa reguladora y de desarrollo, de considerar a las mismas como agente de la autoridad en una serie de supuestos excepcionales.

Así, en este estudio, reflexionaremos sobre las implicaciones que tiene dicha consideración de agente de la autoridad para los miembros de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de sus misiones.

Palabras clave: agente de la autoridad, funciones públicas, fuerza armada, desobediencia.

Abstract

The status of the members of the Armed Forces has traditionally been based on the concept of armed force; a legal status that, a priori, seems to have become obsolete in the context of the exercise of public functions. Nevertheless, in the rest of the Administration, the performance of public functions with other citizens and population appears covered by the status of agent of authority.

However, the Armed Forces, as a tool at the service of the Administration for the fulfillment of its purposes and the satisfaction of the general interest, has included the possibility in its legislation in a series of exceptional cases.

Thus, in this study, we will reflect on the implications of such consideration as an agent of authority for members of the Armed Forces in the fulfillment of their missions.

Keywords: agent of authority, public functions, armed force, disobedience.

Sumario

1. Introducción. 2. Breve aproximación al concepto de agente de la autoridad. 3. Autoridad militar, fuerza armada y agente de la autoridad en las Fuerzas Armadas. 3.1. El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas frente a terceros. 3.1.1. Autoridad militar. 3.1.2. Fuerza Armada. 3.1.3. Agente de la autoridad. 3.2. Especial análisis de los cometidos de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad. 3.2.1. Las misiones del artículo 16.e) de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. 3.2.2. Las Fuerzas Armadas como policía militar, naval o aérea. 3.2.3. Los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada. 3.3. Condiciones generales de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad. 3.4. La singularidad de la disposición adicional segunda de la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias. 4. Cuestiones prácticas de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad. 4.1. El carácter de agente de la autoridad de las Fuerzas Armadas y el ejercicio de funciones policiales. 4.2. El agente de la autoridad en las Fuerzas Armadas y la presunción de veracidad. 4.3. La protección del agente de la autoridad frente a la desobediencia y las faltas de respeto. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN

La distinción clásica entre defensa y seguridad, que se encuentra correspondida por la atribución a las Fuerzas Armadas de la primera y la consiguiente a las Fuerzas y Cuerpos y Seguridad de la segunda, actualmente es mucho más difusa que en el momento en que se redactó la Constitución y se delimitaron los específicos ámbitos actuación de estas instituciones. Conceptos como la seguridad nacional establecen marcos de cooperación y actividades de coordinación entre Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad transversales y que tienden a la consecución de objetivos comunes¹.

No obstante, aunque se pretendan metas similares, las Fuerzas Armadas tienen un estatuto jurídico diferenciado, que encuentra su fundamento en el uso de su capacidad como el último recurso disponible del Estado para el mantenimiento de su propia supervivencia. Por ello, el ámbito castrense con su régimen jurídico propio y diferenciado, y cuyas características en detalle no son objeto del presente estudio, propicia la existencia de una serie de singularidades frente a otros instrumentos de los que dispone el Estado. Aun así, como se ha señalado anteriormente, los difusos contornos de la seguridad nacional, así como la creación de unidades que no tendrían finalidades que pudieran calificarse como naturalmente militares, ha ocasionado que el legislador desarrolle una serie de supuestos de hecho en los que las Fuerzas Armadas actuarían con otro estatuto distinto del que tradicionalmente han tenido.

Sobre esta base, en el presente estudio reflexionaremos brevemente sobre el concepto de agente de la autoridad, así como el concepto de fuerza armada, las situaciones en las que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden desempeñar sus cometidos revestidos con el carácter de agente de la autoridad, así como cuestiones prácticas que pueden plantearse en tales circunstancias.

¹ En la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017 se recoge que «las amenazas globales requieren respuestas integrales, coordinadas y cooperativas», por lo que se observa como la clásica división entre seguridad y defensa se diluye a favor del concepto de seguridad nacional. Prueba de ello lo encontramos en el artículo 3 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, donde encontramos la defensa de España como uno de los vectores de actuación encuadrados en la seguridad nacional.

2. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE AGENTE DE LA AUTORIDAD

El concepto de agente de la autoridad aparece en diversos textos legales de nuestro ordenamiento jurídico, sin que exista una homogeneidad normativa en la atribución de tal característica a determinados sujetos. Esta dispersión normativa, que va más allá de la normativa estatal, pues la encontramos también a nivel autonómico, dificulta el establecer un concepto jurídico unitario. A esto hay que añadir que el concepto de agente de la autoridad parece ser de carácter transversal, en tanto afecta a distintas ramas del ordenamiento jurídico, con efectos diferentes en función del ámbito jurídico en que nos encontremos². Aun así, el aspecto más relevante, como veremos a lo largo de este estudio, es el concepto penal de agente de la autoridad y las consecuencias que ello lleva aparejado.

No obstante, a diferencia de otros estatutos jurídicos que recoge nuestro ordenamiento jurídico, el de agente de la autoridad no aparece expresamente definido en ninguna norma³. En este sentido, el Código Penal de 1995 (en adelante CP) sí que podría aproximarnos al concepto de agente de autoridad, cuando define en el artículo 24.1 a la autoridad⁴. Dispone este precepto:

«A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autó-

² Por ejemplo, encontramos efectos administrativos, materializados en la presunción de veracidad, en relación con las actas que extienden los agentes de la autoridad como indica el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, mientras que en el ámbito penal otorga una protección reforzada a estos agentes de la autoridad en los artículos 550 y siguientes.

³ El Código Penal de 1928 sí que definía los agentes de la autoridad en el párrafo tercero del artículo 213, al disponer que «se considerarán agentes de la autoridad no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, de la Provincia o el Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegado de ésta se exprese el carácter de tal agente».

⁴ En el ámbito del Derecho Penal también hay una referencia al concepto de «autoridad militar» en el artículo 3 del Código Penal Militar de 2015, y a la que posteriormente haremos una referencia detallada. Huelga decir que en nada ayuda a definir el concepto material de autoridad, toda vez que lo único que realiza es una mera enumeración de sujetos que gozan de dicha condición.

nomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

Así, la primera advertencia que hace el precepto es que esta definición parece que únicamente debe quedar limitada al ámbito estrictamente penal; y es que el concepto de autoridad, o sus agentes, va a ser principalmente relevante desde un punto de vista penal, sin perjuicio de las funciones que desempeñan estas autoridades y sus agentes en el ámbito del ejercicio de las distintas potestades de las Administraciones Públicas. No obstante, habida cuenta que no tenemos otra definición en el ordenamiento jurídico que abarque el concepto de autoridad, este concepto podría invocarse más allá del Derecho Penal, si bien es cierto que su virtualidad práctica es dudosa. Simplemente puede ayudar a dar una serie de indicios sobre quien puede ser considerado o no autoridad.

Por otra parte, el concepto de autoridad que maneja el CP viene caracterizado por las notas de autonomía y exclusividad respecto al concepto de funcionario. Se trata de un concepto cualificado que va más allá de la definición que el propio CP hace del concepto de funcionario público en su artículo 24.2⁵. De la lectura de este precepto, la autoridad parece investida de una serie de poderes que se condensan en la descripción realizada en el artículo 24.1 con la expresión «tenga mando o ejerza jurisdicción propia», y que cualifican a la autoridad frente al funcionario público, a efectos penales.

En cambio, en cuanto al concepto de agente de autoridad el CP guarda silencio a la hora de definirlo, incluso aunque sea a los solos efectos penales. Podemos acudir a las definiciones de carácter doctrinal que se han hecho sobre esta figura y que, con carácter general, podemos acotar en que serían agentes de la autoridad aquellos funcionarios públicos cuyo cometido es la ejecución de las decisiones de la autoridad⁶. Mapelli Caffarena señala que «la distinción entre autoridad y agente es bastante imprecisa ya que, aunque el agente no ejerce jurisdicción propia y está jerárquicamente sometido a la autoridad, sin embargo, también toma decisiones en la ejecución de las órdenes o directamente por imperativo legal»⁷. Por lo tanto,

⁵ El artículo 24.2 del CP señala que «se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

⁶ Roca Agapito, L. (2013), «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* n.º 31/2013, p. 28, Editorial Aranzadi, 2013.

⁷ Mapelli Caffarena, B. (2018), «El agente de la autoridad en el Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* n.º 126, III, Época II, pp. 5-50.

desde un punto de vista práctico, nos encontramos ante situaciones donde los límites a las funciones de la autoridad y el agente de la autoridad se difuminan.

No obstante, aunque el ordenamiento jurídico dota de una importancia clave al concepto de agente de autoridad por la protección que otorga a sus titulares, el requisito de la reserva de ley para declaración de tal condición es aceptado con carácter general, aunque, en ocasiones, la jurisprudencia ha reconocido este carácter a sujetos que no lo tenían reconocido en una norma con rango de ley⁸. En cualquier caso, habida cuenta de que se trata un estatuto privilegiado que, como se ha señalado anteriormente, va más allá del concepto de empleado público, la reserva de ley en el reconocimiento de tal facultad resulta una garantía para evitar un empleo laxo por parte de las autoridades investidas con potestad reglamentaria.

3. AUTORIDAD MILITAR, FUERZA ARMADA Y AGENTE DE LA AUTORIDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS

3.1. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS FRENTE A TERCEROS

El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas se encuentra regulado por un compendio de normas separado del resto de personal al servicio de la Administración Pública. La normativa que regula las cuestiones de personal de las Fuerzas Armadas es muy extensa, siendo incardinada dentro de lo que se ha denominado tradicionalmente Derecho militar⁹. No obstante,

⁸ La STS 2500/1992 de 18 de noviembre donde, en referencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dispone que «los agentes de la autoridad son personas que, por disposición legal o nombramiento de quien para ello es competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, cometido reservado fundamentalmente a los Cuerpos de Seguridad del Estado (en su caso también las Policías Municipales y Autonómicas)» podemos observar que no hace especial referencia a la reserva de ley. No obstante, también hay sentencias en las que se ha considerado suficiente con que la atribución de la condición de agente de la autoridad se encuentre en una disposición de rango reglamentario. Sirva como ejemplo la sentencia 24/2004, 2 de febrero, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª, que reconoció tal carácter a un recaudador ejecutivo de la Seguridad Social sobre la base normativa del artículo 5.2 del Real Decreto 1328/1986, de 9 de mayo, sobre organización de la recaudación en vía ejecutiva en el ámbito de la Seguridad Social».

⁹ En particular, se ha señalado que dentro de lo que se ha denominado Derecho administrativo militar se estudia lo relativo al régimen del personal militar, en contraposición con otras ramas del Derecho militar tales como el Derecho patrimonial militar o el Derecho disciplinario militar que, aun formando parte todos, en origen, del Derecho administrativo,

y por acotar el objeto del presente estudio, lo relevante sería analizar qué estatuto jurídico tienen los militares en sus relaciones frente a terceros¹⁰.

Así, y a diferencia de otro personal al servicio de la Administración¹¹, examinada la normativa que resulta de aplicación al personal militar, ninguna de sus disposiciones se refiere al carácter con que quedará investido en el ejercicio de sus funciones. No obstante, y de una lectura más exhaustiva, sí que encontramos, de una forma indirecta, la aproximación al estatuto del que están investidos los militares en el ejercicio de sus funciones. La primera aproximación al estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas lo encontramos, no en una norma reguladora del personal militar o que defina sus cometidos, sino en el artículo 35.2 del Código Penal Militar (en adelante, CPM) cuando se tipifica el delito de atentado previsto en los artículos 550 a 556 del CP cometido «contra autoridad militar, fuerza armada o policía militar, en sus funciones de agente de la autoridad». Por tanto, el CPM nos advierte, de una forma indirecta, que existen tres modalidades en las que cabe calificar el estatuto jurídico de un militar, con la consiguiente protección frente a terceros para dicho personal¹². Por lo tanto, vamos a analizar sucintamente cada una de estas tres modalidades¹³.

sus derroteros y especificidad les confieren sus propias singularidades. Sobre este tema, Poyato Ariza, J.L. (2016), «Reflexiones sobre el derecho militar» en *Estudios de Derecho Militar*, n.º 1, Ministerio de Defensa, 2016, pp. 25 a 46.

¹⁰ La relevancia de la consideración de agente de la autoridad que tiene otro personal al servicio de la Administración es una cuestión que afecta a terceros y que se refiere, principalmente, a la protección pasiva frente a las injerencias que puedan sufrir en el desempeño de sus cometidos.

¹¹ El artículo séptimo, apartado primero, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad declara de forma expresa que «en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad». En términos similares podemos señalar la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social., en cuyo artículo 14.4 se establece que «en ejecución de las órdenes de servicio recibidas para el desempeño de sus funciones, los Subinspectores Laborales, que tendrán la consideración de agentes de la autoridad...».

¹² La protección que dispensa el artículo 35 a las Fuerzas Armadas como agente de la autoridad queda limitada al ejercicio de las funciones de policía militar. Como tendremos ocasión de exponer más adelante, existen otras situaciones en las que puede concurrir el carácter de agente de la autoridad de un miembro de las Fuerzas Armadas sin estar investido de la cualidad de policía militar. No obstante, para la exposición de este epígrafe, lo relevante es la tríada que se establece entre autoridad militar, fuerza armada y agente de la autoridad, desechando cuestiones adjetivas que pudieran tener interés en un análisis más propio de la parte especial del derecho penal militar.

¹³ Nos referimos específicamente a modalidades en tanto existen otras figuras con protección diversa a la de autoridad militar, fuerza armada o policía militar en funciones de agente de la autoridad. Hablamos del supuesto del centinela o de las diversas guardias que existen en las distintas unidades. No obstante, no se trataría de estatutos personales especí-

3.1.1. Autoridad militar

La primera modalidad es la *autoridad militar*. A diferencia del concepto que se maneja en el artículo 24.1 del CP donde la definición de autoridad queda descrita por el ejercicio de una serie de funciones y cometidos, junto con la pertenencia a alguna categoría específica (por ejemplo, diputado en el Congreso), el CPM en su artículo 3 establece una enumeración más exhaustiva de aquellos sujetos que deben ser considerados autoridad militar. Dispone el artículo 3 del CPM:

«A efectos de este Código, son Autoridades Militares:

- 1.º El Rey, el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.
- 2.º El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y el Director General de la Guardia Civil.
- 3.º Los oficiales generales con mando, jefatura o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo o que, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en un lugar o territorio determinado.
- 4.º Los militares que, en las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, ostenten la condición de Jefe de Unidad que opere separadamente, en el espacio a que alcanza la acción militar.
- 5.º Los Auditores Presidentes y Vocales de los Tribunales Militares, los Fiscales Jurídico Militares y los Jueces Togados Militares.
- 6.º Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o de aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada.
- 7.º Los Jefes de Unidades que tomen parte en operaciones en el exterior, impliquen o no el uso de la fuerza, durante la participación de la Unidad en tales operaciones, mientras permanezcan fuera del territorio nacional».

Así, de la lectura del precepto se colige que se trata de un concepto cualificado frente al concepto genérico de militar que se encuentra regulado en el artículo 2 del CPM¹⁴. Aun así, si se hace una lectura conjunta

ficos, sino de cometidos accidentales y con una duración en el tiempo muy limitada. Es por ello que en este estudio no se analizarán.

¹⁴ El artículo 2 del CPM establece una exhaustiva lista de quien debe ser considerado militar a los efectos penales militares, conformando una enumeración más amplia que la

del artículo 3 del CPM y el artículo 24.1 del CP se observa que todas las autoridades descritas en dicho artículo 3 del CPM son personas que tienen mando o ejercen jurisdicción propia. Por tanto, parece que únicamente se habría realizado por parte del legislador un ejercicio de concreción, adaptando el genérico artículo 24.1 del CP a la específica estructura y funcionamiento de las Fuerzas Armadas, dicho sea en sentido amplio¹⁵.

En esta línea de argumentación, se comparte la opinión de Girgado Doce, que señala que resultaría perfectamente aplicable a la autoridad militar la doctrina común al concepto de autoridad que, como se ha señalado anteriormente, vendría determinado por las notas de ostentar mando o ejercer jurisdicción propia; añadiendo que el concepto de autoridad militar, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, tiene una entidad relevante, pues dimana del principio de jerarquía, que afecta a la disciplina, que es tanto como decir a la razón de ser, en el orden formal de las Fuerzas Armadas, pues no hay Ejército en donde no hay disciplina¹⁶.

3.1.2. Fuerza armada

El siguiente estatuto jurídicamente protegido al que se hace referencia en el mencionado artículo 35.2 del CPM es el de fuerza armada. El concepto de fuerza armada también tiene una definición en el CPM pero, a diferencia de lo que sucedía con el caso de las autoridades militares que se encuentran recogidas en el Libro Primero del CPM *disposiciones generales*, la fuerza armada la encontramos dentro de la que se califica como parte especial del CPM; y, precisando más aún, como una adición al tipo previsto en el artículo 35.1 y 2 del CPM. Es en el artículo 35.3 de este texto donde se define la fuerza armada señalando:

contenida, por ejemplo, en el artículo 3 de la Ley 39/2007 de la carrera militar.

¹⁵ Esta precisión resulta pertinente a causa de las autoridades militares enunciadas en el número 5.º del artículo 3 del CPM. Efectivamente, el personal que sirve a los órganos judiciales de la jurisdicción militar, así como los miembros del Ministerio Fiscal dependientes de la Fiscalía Jurídico Militar, comparten ser parte de las Fuerzas Armadas, aunque en el ejercicio de sus funciones les afecten otra serie de normas reguladoras de los estatutos de jueces y fiscales. No obstante, no dejarían de ser militares en tanto miembros del Cuerpo Jurídico Militar, en los términos que señala el artículo 37 de la Ley 39/2007 de la carrera militar.

¹⁶ Girgado Doce, J.C., «Las autoridades militares a efectos del Código Penal Militar» en Blecua Fraga, R. y Rodríguez-Villasante, J.L. (coord.), *Comentarios al Código Penal Militar*, editorial Civitas, 1988, pp. 246 y 247.

«A los efectos de este Código, se entenderá que son fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio reglamentariamente ordenado que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y, en el caso de la Guardia Civil, que no sea encuadrable en el ejercicio de funciones de naturaleza policial y, en todo caso, en situación de conflicto armado, en estado de sitio o cuando se encuentren integrados en unidades de las Fuerzas Armadas¹⁷».

La primera cuestión que debemos abordar es la relativa a la sistematicidad de la definición de fuerza armada. A diferencia de otros conceptos relevantes para el Derecho Penal Militar, como el de autoridad militar o el de centinela que se encuentran al inicio del CPM, la fuerza armada no deja de ser una aclaración al tipo previsto en el artículo 35.1, lo que nos conduce a pensar que se trata de una suerte de estatuto de carácter residual. No obstante, el legislador no obvia la relevancia de definir la fuerza armada, pues en la propia Exposición de Motivos del CPM hace una referencia expresa a que esta se encuentra definida¹⁸. Aun así, esta importancia debemos calificarla como relativa, pues la definición de fuerza armada que incorpora el artículo 35.3 del CPM es prácticamente idéntica a la que se contenía en el artículo 554.2 del CP antes de la derogación que se operó por parte Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁹. El actual texto del CP incluye una definición parcial del concepto de fuerza armada en el artículo 554.1; parcial en el sentido de que no lo define explícitamente, como sí que hace el CPM, y que se encuentra dentro de un subtipo especial. No se hace referencia al carácter de *fuerza armada* directamente, pero sí se confronta con el artículo 35.3 del CPM se observa el evidente paralelismo entre ambas definiciones. Establece el artículo 554.1 del CP:

«los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra

¹⁷ El desempeño de este tipo de funciones por parte de los miembros de la Guardia Civil se encuentra reglamentariamente desarrollado a través del Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil.

¹⁸ En el párrafo sexto del apartado III de la Exposición de Motivos del CPM se dispone que «en el Capítulo VII se agrupan los delitos contra centinela, Autoridad militar, fuerza armada (que define) y policía militar, recogiendo sus especialidades en caso de conflicto armado, estado de sitio o en el curso de una operación internacional coercitiva o de paz».

¹⁹ El artículo 554.2 del CP señalaba que «a estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado».

un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado».

Puede observarse que los elementos básicos que definen a los miembros de las Fuerzas Armadas como *fuera armada*, cosa evidente por el propio *nomen iuris* de la institución castrense, son idénticos entre la definición que contiene el CPM y la descripción que contiene el CP. La razón de que exista esta dualidad de regulación podría ser que el delito tipificado en el CPM es de carácter especial, en tanto solo puede ser cometido por militares. Pero de la lectura del precepto, si bien es cierto que el delito militar previsto en el artículo 35.1 del CPM sí que queda exclusivamente limitado a militares, en la conducta descrita en el artículo 35.2 del CPM nada se menciona sobre la cualidad del sujeto activo, esto es, la persona que puede cometer el delito, por lo que deberá entenderse aplicable a cualquier sujeto.

Una vez señaladas las definiciones recogidas en la legislación positiva, a la hora de analizar el concepto de *fuera armada* sucede, de nuevo, lo que ocurre con el concepto de autoridad: se trata de una definición que, en teoría, solo quedará circunscrita a los efectos penales; es más, en el caso de la fuerza armada solo quedaría circunscrita a efectos penales militares. No obstante, por encontrarnos en una situación similar a la que sucedía con el artículo 24.1 del CP, la fuerza armada, como estatuto jurídico, queda definido en este artículo 35.3 del CPM por tener un mayor grado de precisión en la descripción del concepto. Así mismo, la referencia a la Guardia Civil como fuerza armada es de carácter excepcional, toda vez que la actuación habitual de sus agentes es como agentes de la autoridad en el cumplimiento de las funciones policiales encomendadas en el marco de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁰.

De todas maneras, y volviendo al concepto de fuerza armada, se trataría de un estatuto de carácter residual y básico. Cualquier actuación de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus funciones conlleva, como mínimo, el carácter de fuerza armada. El carácter de fuerza armada se configura como la cláusula de cierre del estatuto jurídico del personal de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de las funciones encomendadas. Quedaría como una situación cualificada frente al funcionario público, en el sentido indi-

²⁰ El artículo 5.2 del Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil, dispone que «en el cumplimiento de las referidas misiones, los guardias civiles tendrán la consideración de fuerza armada, sin perjuicio de su condición de agentes de la autoridad, y quedarán sometidos a lo dispuesto en las normas penales, disciplinarias, y de derechos y deberes de las Fuerzas Armadas».

cado en el artículo 24.2 del CP, así como un escalón por debajo del carácter de agente de la autoridad como tendremos ocasión de señalar más adelante. En cualquier caso, el carácter de *fuera armada* ha quedado como un estatuto con escaso contenido jurídico y sin referencias claras en el ordenamiento jurídico por lo limitado de su funcionalidad.

3.1.3. Agente de la autoridad

El siguiente estatuto que recoge este artículo 35.3 del CPM es el de la policía militar cuando se encuentre en funciones de agentes de la autoridad. Si bien es cierto que en el sujeto pasivo de este tipo penal debieran concurrir las dos circunstancias (policía militar y funciones de agente de la autoridad), a los efectos de nuestro estudio, lo más relevante en este momento es la consideración de agente de la autoridad y su protección diferenciada de los otros dos estatutos; si bien es cierto que, en su debido momento, reflexionaremos brevemente sobre la policía militar.

A la hora de plantearse el origen de la consideración de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas, aparece recogida esta cualidad en una norma con rango de ley: la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, la cual establece en su disposición adicional tercera:

«los miembros de las Fuerzas Armadas que presten sus servicios como policía militar, naval o aérea o que intervengan en las operaciones descritas en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, tendrán carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, en las circunstancias y con las condiciones que reglamentariamente se determinen».

Lo primero que llama la atención de este precepto es la elección de la ley en que se realiza el reconocimiento de este carácter: la ley de la carrera militar. Dicha ley se trata de una norma de organización del personal; una norma administrativa, equiparable, dicho sea con las debidas cautelas, al Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, no se trataría de una norma que regule misiones y cometidos de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino elementos que pueden ser considerados de pura gestión del personal, tales como ascensos, evaluaciones o situaciones administrativas, entre otras muchas cuestiones. La norma que regula las misiones y tipos de operaciones que han de desarrollar las Fuerzas Armadas no es la ley de la carrera militar, sino la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la

Defensa Nacional²¹ (LODN)²². Por lo tanto, parece que hubiera sido más razonable y coherente establecer la reserva de ley en la LODN y no en la de la carrera militar. Refuerza esta argumentación el hecho de que la ley de la carrera militar, en la citada disposición adicional tercera hace una referencia a una serie de cometidos específicos que se encontrarían recogidos en la LODN²³.

Por lo tanto, desde un punto de vista de técnica legislativa y coherencia material, hubiera sido más adecuado que se hubiera recogido la eventual condición de agentes de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas en una disposición adicional de la LODN. Sirva como ejemplo que el carácter de agente de la autoridad las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deriva directamente del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, donde se desarrollan las funciones y cometidos los mismos, y no de las normas administrativas encargadas de reglamentar las cuestiones de personal²⁴.

Aun así, lo que no puede obviarse es que los miembros de las Fuerzas Armadas gozan de habilitación legal para el desempeño de cometidos como agentes de la autoridad. No obstante, será por vía reglamentaria por la que deba concretarse los supuestos y requisitos en que dicho estatuto sea predicable para los miembros de las Fuerzas Armadas.

²¹ La elección de mayúsculas o minúsculas al referirse tanto a la ley de la carrera militar como la LODN no es caprichosa. Si observan cómo están recogidas en la página web del Boletín Oficial del Estado podrán observar que la ley está rubricada de una forma distinta, por lo que se mantendrá la ortografía en los términos idénticos a como están recogidas en el repertorio legislativo del Boletín Oficial del Estado.

²² El artículo 1.1 de la Ley 39/2007 de la carrera militar señala que «esta ley tiene por objeto regular el régimen del personal militar profesional y, específicamente, la carrera militar y todos aquellos aspectos que la conforman. Asimismo, regula la aportación adicional de recursos humanos a las Fuerzas Armadas. Todo ello con la finalidad de que estén en condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional». Es verdad que pudiera argumentarse que el carácter de agente de la autoridad, al tratarse de una cuestión que, al afectar de forma indirecta al personal, debiera estar regulado en esta ley. No obstante, esta argumentación debe ser desechada, pues la ley de la carrera militar regula el personal en tanto que forma parte de la Administración militar y sus implicaciones, y no tanto en lo referido a las funciones que desempeñan los militares.

²³ El artículo 16.e) de la LODN dispone como uno de los tipos de operaciones que pueden desempeñar las Fuerzas Armadas «la colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente».

²⁴ En el caso de la Policía Nacional, por ejemplo, su norma reguladora en materia de personal, la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, no contiene ninguna referencia al carácter de agente de la autoridad de sus miembros, pues la consideración de agente de la autoridad se consigna en la citada Ley Orgánica 2/1986.

3.2. ESPECIAL ANÁLISIS DE LOS COMETIDOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO AGENTES DE LA AUTORIDAD

Una vez señalada la habilitación legal de los miembros de las Fuerzas Armadas como agente de la autoridad, el desarrollo reglamentario que preveía la disposición adicional tercera de la Ley 39/2007 se ha materializado en el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas. La disposición adicional primera desarrolla las situaciones en las que los miembros de las Fuerzas Armadas tienen carácter de agente de la autoridad. Establece esta disposición:

«1. Los miembros de las Fuerzas Armadas tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones cuando intervengan encuadrados en la Unidad Militar de Emergencias, bajo mando o control operativo de ésta, o en otras unidades de las Fuerzas Armadas, en las operaciones descritas en el artículo 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en las circunstancias que se indican a continuación:

a) En los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad en las situaciones:

- 1.º Que tengan su origen en riesgos naturales, entre ellas inundaciones, avenidas, terremotos, deslizamientos de terreno, grandes nevadas y otros fenómenos meteorológicos adversos de gran magnitud.
- 2.º Que sean consecuencia de incendios forestales.
- 3.º Derivadas de riesgos tecnológicos, entre ellos el riesgo químico, el nuclear, el radiológico y el biológico.

b) En los supuestos de otras necesidades públicas en intervenciones en apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en operaciones de vigilancia y protección o como consecuencia de atentados terroristas u otros actos ilícitos y violentos. Estas intervenciones se producirán en los términos que determine el Gobierno. [...]

3. También tendrán dicho carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones los miembros de las Fuerzas Armadas que presten sus servicios como policía militar, naval o aérea, de acuerdo con lo que establece el capítulo IV de las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas, que aprueba este real decreto.

4. Los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de fun-

ciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España, que se llevarán a cabo sin perjuicio de las que están atribuidas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los integrantes de los organismos públicos con funciones de vigilancia marítima en el ejercicio de sus competencias».

De la lectura del precepto encontramos tres supuestos genéricos que englobarían la actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad: las misiones del artículo 16.e) de la LODN, el desempeño de funciones de policía militar, naval o aérea y las dotaciones de los buques de la Armada en el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad marítima.

3.2.1. Las misiones del artículo 16.e) de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional

La previsión contenida en el artículo 16.e) de la LODN es uno de los dos supuestos que específicamente prevé la disposición adicional tercera de la Ley de la Carrera Militar. Como indicamos anteriormente, se refiere a operaciones que consisten en «la colaboración con las diferentes Administraciones Públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente». La indeterminación de estas misiones quedaría concretada en el apartado primero de la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010.

Con carácter previo a analizar el elemento material de la disposición, lo primero que llama la atención es el hecho de que se mencione específicamente a una determinada unidad: la Unidad Militar de Emergencias (UME). A priori, podría pensarse que la UME tendría el carácter de agente de la autoridad *ope legis* cuando desempeñara sus funciones, ya que, por sus propios cometidos, el desempeño de los mismos siempre respondería a situaciones como las descritas en el artículo 16.e) de la LODN²⁵. No obstante, la lectura del precepto no

²⁵ El artículo 3.6 del Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa señala que «la Unidad Militar de Emergencias (UME), que depende orgánicamente de la persona titular del Ministerio de Defensa, está constituida de forma permanente y tiene como misión la intervención en cualquier lugar del territorio nacional y en el exterior, para contribuir a la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 1097/2011, de 22 de julio, por el que se aprueba el Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencias».

exime a la UME del cumplimiento de los requisitos adicionales que impone la propia disposición adicional en su apartado segundo, al que haremos referencia más adelante. En ese sentido, la expresa mención de la UME no aporta nada que lo diferencie, desde un punto de vista material, de cualquier otra unidad de las Fuerzas Armadas, que también podrá tener el carácter de agente de la autoridad cumpliendo los mismos requisitos reglamentariamente determinados. Por tanto, la expresa mención a la UME resultaría superflua.

Aclarado el extremo de que cualquier unidad de las Fuerzas Armadas puede ser considerada agente de la autoridad en el cumplimiento de las operaciones del artículo 16.e) tantas veces invocado, se prevén dos supuestos adicionales. El primero de ellos se refiere a supuestos «de grave riesgo, catástrofe, calamidad», especificado en lo que podemos denominar amenazas naturales, incendios forestales y amenazas tecnológicas. En los casos aquí descritos, la actuación de las Fuerzas Armadas no respondería, en sentido estricto, a las funciones clásicas de la institución castrense, y recogidas en el artículo 8.1 de la Constitución, sino que son una serie de funciones más vinculadas a lo que podemos calificar como protección civil²⁶.

El segundo supuesto adicional que prevé el apartado primero de la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010 es el apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en operaciones de vigilancia y protección, o como consecuencia de atentados terroristas u otros actos ilícitos o violentos. En este punto, nos encontramos ante una actuación subordinada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Se trata de una función de apoyo, un complemento para un mejor desempeño de las competencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero que en ningún caso conllevaría, por sí mismo, la consideración del desempeño de funciones policiales *stricto sensu* por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas. Las funciones policiales y de mantenimiento del orden público no se alterarían por el apoyo de las Fuerzas Armadas, pues estas únicamente aportarían sus capacidades al cumplimiento de las misiones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Pero, en ningún caso, puede suponer la asunción directa o indirecta de competencias en las materias objeto del apoyo.

²⁶ El artículo 1.1 Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil dispone que «la protección civil, como instrumento de la política de seguridad pública, es el servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada». Confróntese este artículo con el 8.1 de la Constitución que señala que «las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

La última cuestión que debe analizarse de este primer apartado de la disposición adicional es el inciso final relativo a quien autorizaría este apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así, de acuerdo con lo prevenido en el Real Decreto, respecto a la autoridad competente para su declaración y el medio, dispone el inciso que: «estas intervenciones se producirán en los términos que determine el Gobierno». Si bien es cierto que sobre la autoridad competente para declararlo no se albergan dudas, pues el Gobierno está constitucional y legalmente definido, sí que cabría la duda sobre qué instrumento sería el adecuado para que los miembros de las Fuerzas Armadas actúen como agentes de la autoridad en este caso.

Sobre este extremo, la práctica reciente nos muestra que ha sido a través de actos de carácter normativo. Así, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su disposición adicional quinta, confería el carácter de agente de la autoridad a los miembros de las Fuerzas Armadas para el ejercicio de las funciones que describía dicho Real Decreto. En cuanto a la posibilidad de que el carácter de agente de la autoridad se acuerde por un acto singular, como es un Acuerdo del Consejo de Ministros, tampoco plantearía dudas, toda vez que, de forma indiscutible, se trataría de un acto del Gobierno.

Lo que sí que parece que quedaría vedado es la posibilidad de que tal consideración de los miembros de las Fuerzas Armadas sea acordada por alguna de las Comisiones Delegadas del Gobierno, por alguno de los órganos de asesoramiento de la Presidencia, como el Consejo de Seguridad Nacional, o por los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas. No obstante, sí que quizá, vía desconcentración, el Gobierno podría facultar en determinadas circunstancias la declaración de tal consideración a los delegados del Gobierno, cuestión que no parece que se haya planteado. No obstante, no deja de ser una mera hipótesis que resulta harto improbable, pues aunque los delegados del Gobierno tienen la posibilidad de dar órdenes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de su demarcación para el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas, estos no ostentan ninguna competencia sobre los miembros de las Fuerzas Armadas de la misma demarcación²⁷.

²⁷ Señala el artículo 73.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que «corresponde a los Delegados del Gobierno proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a través de los Subdelegados del Gobierno y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, cuya jefatura corresponderá al Delegado del Gobierno, quien ejercerá las competencias del Estado en esta materia bajo la dependencia funcional del Ministerio del Interior».

Por último, resulta extraño el hecho de que para los casos de *grave riesgo*, *catástrofe*, *calamidad* no se haga referencia expresa a la autorización del Gobierno, mientras que, para el caso del apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sí que se incluya la específica previsión de que la activación con tal condición sea en los términos que indique el Gobierno. No obstante, y desde un punto de vista hipotético, resulta complejo admitir que pudiera existir una situación de activación de los miembros de las Fuerzas Armadas en el supuesto de *grave riesgo*, *catástrofe*, *calamidad* que no sea acordado por el Gobierno. Aun así, arrojarémos un poco de luz sobre este extremo más adelante.

3.2.2. Las Fuerzas Armadas como policía militar, naval o aérea

El apartado tercero de la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010, recoge el segundo supuesto contenido en la disposición adicional tercera de la Ley de la Carrera Militar: el caso del desempeño de las funciones como policía militar, naval o aérea por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas. El precepto remite indirectamente al Capítulo IV del Real Decreto 194/2010, artículos 29 a 32.

Así, en el artículo 29.2 de dicho real decreto encontramos una referencia expresa a la consideración como agente de la autoridad de la policía militar, naval o aérea, al establecer que:

«los miembros de las Fuerzas Armadas que presten su servicio como policía militar, naval o aérea, sin perjuicio de su carácter de fuerza armada cuando proceda, tendrán el carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones».

Los cometidos a que hace referencia este precepto son los previstos en el artículo 30 del Real Decreto, donde se detallan las funciones que cumplen estos miembros de las Fuerzas Armadas con cometidos policiales. No obstante, tales cometidos policiales expresados en el artículo 30 deben interpretarse de manera restrictiva, ya que constituyen una excepción a las funciones propias de los miembros de las Fuerzas Armadas. Al igual que las misiones militares de la Guardia Civil, a las que hicimos referencia anteriormente, son la excepción frente a las misiones policiales, que son su función natural, así en el ámbito de la policía militar, sus funciones policiales son excepcionales, pues dicha función policial no formaría parte de los cometidos propios de las Fuerzas Armadas. En esta línea argumental, podemos traer a colación lo previsto en el artículo 31 del Real Decreto 194/2010 donde se refiere a las

funciones de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; apoyo que se realizará mediando siempre petición de estas últimas, y con los límites propios de sus funciones y competencias. Por lo tanto, el apoyo que soliciten las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a una unidad de policía militar deberá tener algún asidero con las funciones propias que tienen encomendadas en el artículo 30 los miembros de la policía militar, naval o aérea.

Por otra parte, del tenor literal del precepto parece que el auxilio solo lo pueden solicitar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los términos que indica la letra a) del artículo segundo de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁸. Ello resulta concordante con el hecho de que la autorización de la actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad lo autoriza el Gobierno de la Nación. En consecuencia, solo autoridades que estén subordinadas al Gobierno de la Nación serían las que pueden solicitar el apoyo, en calidad de agentes de la autoridad, de las Fuerzas Armadas. Ello no supone que las Fuerzas Armadas no puedan apoyar a fuerzas policiales autonómicas o locales, pero sí que parece que la consideración de agente de la autoridad no se podría dar, pues el carácter de agente de la autoridad debe interpretarse desde una óptica restrictiva, toda vez que atribuye una protección más amplia que el de la propia de fuerza armada, cualidad esta intrínseca a los miembros de las Fuerzas Armadas como se ha señalado anteriormente.

Por último, y en relación con lo que se ha venido exponiendo, el artículo 32 prevé la posibilidad de actuar ante delitos flagrantes a los miembros de las policías militares, pero siempre que se dé la ausencia de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, imponiendo como obligación recabar, tan pronto como les sea posible, la presencia de aquellos. Por lo tanto, las funciones policiales quedan restringidas, incluso, para los casos de delito flagrante y, como puede deducirse claramente del texto del artículo, no parece que exista diferencia entre el derecho-deber de actuar ante delitos flagrantes que tienen todos los ciudadanos²⁹ y las específicas

²⁸ El artículo segundo, letra a), de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad distingue en la categoría general de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a los dependientes del Gobierno de la Nación. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado concretan su actuación en el marco de esta Ley en el Título II (artículos noveno a treinta y seis). El artículo noveno señala que solo el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil conforman las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

²⁹ El artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que, en determinadas circunstancias, cualquier persona pueda practicar una detención. Se usa el término condicional *podrá*, frente a lo previsto en el artículo 492 del mismo texto para las autoridades y agentes de policía judicial donde se indica que «tendrá la obligación de detener». Es por ello que, en el caso de los particulares, la fórmula es la del derecho-deber, y que pudiera ser, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 194/2010, la misma aplicable a los miembros de la policía militar.

atribuciones de la policía militar, naval y aérea, al menos en lo relativo a la prevención de la comisión de delitos.

3.2.3. Los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada

Por último, nos encontramos con el último supuesto de la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010, que es el referido a los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada. Establece el apartado en cuestión:

«los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España, que se llevarán a cabo sin perjuicio de las que están atribuidas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los integrantes de los organismos públicos con funciones de vigilancia marítima en el ejercicio de sus competencias».

Lo primero que llama la atención es que se trata de una consideración de agente de la autoridad para personal de las Fuerzas Armadas que no está previsto en la disposición adicional tercera de la ley de la carrera militar. Por lo tanto, no se ha seguido el desarrollo normativo natural, sino que nos encontraríamos, a priori, ante una ausencia de habilitación legal suficiente. No obstante, el precepto hace una remisión a la normativa nacional e internacional en materia de vigilancia y seguridad marítima, por lo que, por esa vía, parece que se colmaría la habilitación legal necesaria para que la consideración de agente de la autoridad no sea *praeter legem*.

Aun así, este argumento resulta un tanto insuficiente, pues la normativa nacional e internacional realiza una remisión en abstracto a los buques de Estado y a los buques de guerra³⁰. La cuestión se resolvería, en primer

³⁰ El buque de Estado es una categoría general mientras que el buque de guerra es una categoría especial. De esta forma, todo buque de guerra es un buque de Estado pero no a la inversa. En este sentido, y desde una perspectiva netamente nacional, el artículo 3.2 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima señala que «son buques y embarcaciones de Estado los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial», mientras que el artículo 3.3 del mismo texto legal concreta la definición del buque de guerra al señalar «son buques de guerra los buques de Estado adscritos a las Fuerzas Armadas, que lleven los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad y que se

lugar, haciendo una interpretación sistemática, esto es, desde un plano de igualdad con el resto de autoridades competentes en el ámbito marítimo. Con carácter general, tres son los cuerpos que se encargan de cometidos relativos, en mayor o menor medida, con la seguridad y vigilancia marítima: la Armada, el Servicio Marítimo de la Guardia Civil y el Servicio de Vigilancia de Aduanera. La Guardia Civil tiene el carácter de agente de la autoridad en los términos a los que ya hicimos referencia anteriormente por su carácter de instituto armado con competencias en materia de seguridad pública. Por su parte, el Servicio de Vigilancia Aduanera recoge específicamente el párrafo primero del artículo noveno del Real Decreto 319/1982, de 12 de febrero, por el que se reestructura y adscribe directamente el Servicio de Vigilancia Aduanera, el carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones³¹.

Sentado lo anterior, la LODN reconoce en el primer inciso del artículo 16.a) como una competencia de las Fuerzas Armadas «la vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar...». Esta competencia, por los propios medios y capacidades disponibles, a priori solo podría ser ejecutada por parte de la Armada. De esta forma, habida cuenta que existe una competencia en materia de seguridad y vigilancia marítima a favor de la Armada, no conferir el carácter de agente de autoridad a los miembros de sus dotaciones en el ejercicio de tales funciones supondría una distinción innecesaria e injustificada con los miembros del Servicio Marítimo de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia de Aduanera.

En consecuencia, y habida cuenta que se realizan una serie de competencias que podrían calificarse de concurrentes en materia de vigilancia y seguridad marítima, por pura coherencia debe existir un plano de igualdad en lo relativo al estatuto jurídico frente a terceros.

encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de su Estado, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares». La definición de buque de guerra es idéntica a la contenida en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por el Reino de España mediante instrumento de 7 de febrero de 1997, BOE de 14 de febrero de 1997.

³¹ Las señaladas anteriormente no son las únicas autoridades con funciones de vigilancia y seguridad en espacios marinos. Algunas entidades locales, a través de sus cuerpos policiales, ejercen competencias relativas a la «observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas», tal y como se reconoce como competencia municipal en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

Otra justificación podemos encontrarla también en una mera y simple analogía. El artículo 176.1 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima reconoce el carácter de autoridad pública al capitán del buque. Si bien es cierto que el artículo 3.1 de la Ley de Navegación Marítima reconoce que esta ley no es de aplicación a los buques de Estado, no tiene sentido que los comandantes de los buques de Estado no tengan tal condición de autoridad y, como corolario, si el comandante de un buque de guerra es autoridad, el personal a sus órdenes serían agentes de la autoridad. Pero, a mayor abundamiento, habida cuenta la específica situación en la que los buques de la Armada desempeñan sus funciones (en el mar), y donde no pueden recabar los auxilios de otras autoridades, resulta necesario proteger frente a la mera desobediencia a los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada en el ejercicio de las competencias propias en materia de vigilancia y seguridad³².

No obstante, tenemos que desechar la argumentación construida exclusivamente sobre la base del artículo 24.1 del CP. En esa definición de autoridad encontramos una expresión que pudiera encajar perfectamente y es la relativa al ejercicio del mando. Por lo tanto, si el comandante de un buque ejerce mando como autoridad, el resto del personal del buque serían por propia consecuencia lógica agentes de la autoridad. Pues bien, esta argumentación no parece razonable pues entonces cualquier militar con mando sería considerado autoridad y, por ende, cualquier subordinado sería agente de la autoridad. Así mismo, existiría un problema en orden a definir la autoridad primaria que irradiaría tal carácter a sus subordinados. En consecuencia, la argumentación de atribuir el carácter de autoridad.

Por lo tanto, aunque a priori la habilitación legal no derivaría de una forma lineal y descendente de la LODN y de la ley de la carrera militar, como en los supuestos anteriormente expuestos, sí que de una forma que podemos calificar de colateral, las dotaciones de los buques de la Armada tienen un asidero normativo, con rango de ley, para el desempeño de sus funciones con el carácter de agente de la autoridad. Sin embargo, parece pertinente recordar que cuando las dotaciones de los buques de la Armada

³² En relación con las competencias en materia de vigilancia marítima, estas van más allá de una serie de cometidos abstractos. Como ejemplo de estos cometidos descritos en textos legales, se puede traer a colación lo prevenido en el artículo 377 de la Ley de Navegación Marítima, donde se dispone en relación con las operaciones de extracción que «las operaciones de extracción de buques y bienes naufragados o hundidos en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles requerirán autorización previa de la Armada, que fijará los plazos y condiciones para su realización. Los titulares de la autorización quedan obligados a dar cuenta del inicio y término de las operaciones, así como a facilitar su inspección y vigilancia por la Armada». Por tanto, se observan una serie de competencias concretas que desarrollan frente a terceros los buques de la Armada.

cumplan funciones que no se incardinan dentro de la vigilancia y seguridad marítima, estos no gozarán del carácter de agente de autoridad, sino que tendrán el carácter de fuerza armada, al igual que el resto de miembros de las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus funciones naturales. No obstante, actualmente las misiones que desempeñan los buques de la Armada podrían perfectamente subsumirse en funciones de vigilancia y seguridad marítima, por lo que habrá que analizar aquellos casos en los que el carácter de agente de la autoridad puede hacerse valer frente a terceros. Así, por ejemplo, en el desempeño de una misión de vigilancia y seguridad marítima de carácter combinado, verbigracia en el marco de la UE, parece complicado asumir que en el cumplimiento de las misiones de esa fuerza combinada pueda hacerse valer frente a terceros el carácter de agente de la autoridad ante las desobediencias cometidas en el marco y desempeño de una específica misión con mandato internacional. Ello no obsta para que se haga valer otro estatuto que en el ámbito marítimo internacional sí que atribuye facultades materiales, como es el caso del de buque de guerra.

3.3. CONDICIONES GENERALES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO AGENTES DE LA AUTORIDAD

En la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010, el número dos se refiere a una serie de condiciones que deberán cumplir los miembros de las Fuerzas Armadas cuando realicen sus cometidos con el carácter de agente de la autoridad. Tales condiciones serían:

- «a) Deberá mediar una orden en ejecución de decisiones tomadas por la autoridad con competencia para ello.
- b) Tendrán la formación y preparación adecuadas, que serán impartidas dentro de la enseñanza militar y de la instrucción y adiestramiento, con el fin de que conozcan sus obligaciones y derechos.
- c) Llevarán una identificación fácilmente visible sobre el uniforme que les acredite como agentes de la autoridad».

La primera de las cuestiones ya se ha tratado sucintamente cuando se han abordado las misiones de los miembros de las Fuerzas Armadas en el marco del artículo 16.e) de la LODN. No obstante, al confrontar la letra a) de este apartado dos con lo anteriormente expuesto existen dos diferencias que no podemos pasar por alto: la primera sería la abstracta referencia a la *autoridad con competencia para ello* frente al caso anterior donde se

refería explícitamente al Gobierno; la segunda cuestión, derivada de esta anterior, es si cabría la posibilidad de que una autoridad que no sea el Gobierno pueda acordar la actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad.

En cuanto a la mención de la *autoridad con competencia para ello* parece que se pretende dejar abierta la puerta a la posibilidad de que existan otras autoridades las que puedan acordar la actuación de las Fuerzas Armadas con tal carácter. Por tanto, nada obsta a que pudieran existir desarrollos normativos que podrían prever tal eventualidad. Aun así, parece complejo plantear tal escenario siquiera en un supuesto hipotético. De la lectura tanto de la Constitución, en su artículo 97, como los preceptos de desarrollo en la materia de la LODN, no parece que puedan existir autoridades con competencia fuera del Gobierno en materia de Fuerzas Armadas para acordar tal extremo. Por lo tanto, la redacción del precepto es técnicamente desacertada, pues no existirían autoridades fuera del Gobierno que pudieran ordenar la activación y despliegue de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de las misiones señaladas.

Por otra parte, no deja de llamar la atención lo que ya se señaló anteriormente y es la específica mención al Gobierno para las misiones de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, mientras que en los casos *grave riesgo, catástrofe, calamidad* no se hace referencia alguna a la autoridad competente. Si bien es cierto que en el marco del desarrollo autonómico de competencias, las comunidades autónomas han asumido funciones en materia de emergencias y seguridad, la exclusiva competencia del Estado en la materia de Fuerzas Armadas hace imposible que por parte de una autoridad autonómica se acuerde la actuación de las Fuerzas Armadas con el carácter de agente de la autoridad.

Siguiendo con el segundo requisito común, la adecuada formación por parte del personal de las Fuerzas Armadas, se trata de una cuestión un tanto críptica. ¿Qué pretendía el legislador al imponer una específica formación? ¿Acaso pretende que las Fuerzas Armadas que actúen con el carácter de agente de la autoridad cumplan funciones policiales? Lo cierto es que no queda claro a qué hace referencia esa *formación y preparación adecuadas*, toda vez que, como hemos señalado reiteradamente, el carácter de agente de la autoridad no atribuye funciones y competencias por sí mismo, sino que es la norma que regula las específicas funciones de las Fuerzas Armadas, en este caso la LODN, la que determina sus misiones, sean estas con el carácter de fuerza armada o de agente de la autoridad. Se puede colegir que las unidades que cumplan funciones de policía militar (en sentido genérico), sí que deben

tener un adiestramiento de carácter policial. Pero, por ejemplo, en el caso de personal militar movilizado en caso de una catástrofe como un incendio forestal, ¿qué formación específica necesita para cumplir sus cometidos como agente de la autoridad? Dicho de otro modo, no parece que pueda dudarse que un militar puede desempeñar su misión en caso de un incendio forestal, bien como fuerza armada, bien como agente de la autoridad. Por tanto, en mi parecer, el legislador realizó una equiparación entre agente de la autoridad y funciones policiales que, como se ha señalado y reiterado en el presente estudio, no tendría sentido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en lo relativo al requisito de la identificación, por parte de la Administración se dictó la Orden DEF/316/2015, de 23 de febrero, por la que se aprueban los medios de identificación que sobre el uniforme deben portar los miembros de las Fuerzas Armadas que tengan carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, cuyo objeto es, de conformidad con su artículo 2, «determinar los medios de identificación visibles sobre el uniforme que acrediten como agente de la autoridad al personal de las Fuerzas Armadas que tenga tal consideración con arreglo a lo establecido en el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, que aprueba las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas». Se cumple así con el tercer requisito general que impone este específico apartado de la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010. Aun así, resulta sorprendente que los miembros de las Fuerzas Armadas deban llevar una específica identificación como agentes de la autoridad, extremo que no se requiere para otro tipo de funcionarios que tienen dicho carácter. Si bien es cierto que el carácter de agente de la autoridad es una circunstancia excepcional para el personal de las Fuerzas Armadas, resulta, cuanto menos, un requisito adicional que no tiene parangón en otro tipo de cuerpos de la Administración.

Cabe plantearse si en el caso de que un miembro de las Fuerzas Armadas que no lleva debidamente la identificación como agente de la autoridad, o que simplemente no la lleve, diera una instrucción a una persona que, posteriormente la desobedece, podría producirse el delito de desobediencia previsto en el artículo 556.1 CP. Debiendo estudiar las específicas circunstancias de la situación, cabría la posibilidad de alegar error, toda vez que no se cumplirían todos los requisitos del tipo; requisito este (el de la identificación) que no se encontraría estrictamente en el tipo, sino que derivaría de una norma de rango reglamentario que completaría el tipo de una forma muy indirecta y exclusivamente para personal militar.

3.4. LA SINGULARIDAD DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY 1/2021, DE 29 DE ABRIL, POR LA QUE SE ESTABLECE EL RÉGIMEN SANCIONADOR POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN FRENTE AL COVID-19 EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Antes de abandonar completamente el análisis del marco jurídico del personal de las Fuerzas Armadas como agente de la autoridad, debemos detenernos en el estudio de la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias. Así, la disposición adicional segunda de esta norma señala:

«Los miembros de las Fuerzas Armadas a los que se encargue el desempeño de las funciones de detección, seguimiento y control de la enfermedad les será de aplicación el artículo 4 de esta ley y tendrán la condición de autoridad sanitaria a los efectos de la instrucción de órdenes vinculadas a la contención de la COVID-19 y de agente de la autoridad a efectos de la inspección y control de las normas y medidas acordadas para la prevención y contención de la enfermedad».

Si confrontamos esta disposición adicional con todo lo expuesto anteriormente nos encontramos con una singularidad, que más bien debiera ser calificado de anomalía, en la que una comunidad autónoma atribuye el carácter de agente de la autoridad por ministerio de la ley a los miembros de las Fuerzas Armadas para unos cometidos determinados. Sin ánimo de ser exhaustivo, lo primero que sorprende es que una comunidad autónoma regule una cuestión de carácter material que debe entenderse comprendida dentro de una competencia exclusiva del Estado. El artículo 149.1.4.º atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de Defensa y Fuerzas Armadas, por lo que se trataría de una invasión competencial, constituyendo este un argumento bastante para poder sostener la inconstitucionalidad de la disposición.

Ahondando más en el estudio de la disposición, y tal y como se ha venido exponiendo anteriormente, la competencia para declarar el carácter de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas corresponde exclusivamente al Gobierno, de conformidad con el Real Decreto 194/2010; y, por otra parte, la disposición adicional tercera de la ley de la carrera militar, título legal habilitante para la consideración de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas, no contempla supues-

tos de desarrollo legislativo por parte de los órganos con competencias legislativas de las comunidades autónomas.

No obstante lo anterior, el lunes 6 de septiembre de 2021 en el Boletín Oficial de Canarias número 182 se publicó la Resolución de 22 de julio de 2021, por la que se da publicidad al Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias³³. En el apartado primero de dicho acuerdo se indica que se van a «iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con la Disposición adicional segunda de la Ley 1/2021, de 29 de abril, por la que se establece el régimen sancionador por incumplimiento de las medidas de prevención y contención frente al COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Canarias». El propósito es evitar un eventual recurso de inconstitucionalidad, pues esta comisión bilateral se reúne en previsión de lo recogido en el artículo 33.2.a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, como recoge el apartado tercero del acuerdo referenciado. Aun así, habrá que esperar y observar en qué quedan las negociaciones entre las diversas administraciones y, en el caso de que tales no prosperen, esperar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la materia, llegado el momento.

4. CUESTIONES PRÁCTICAS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO AGENTES DE LA AUTORIDAD

Como venimos señalando en este estudio, el carácter de agente de la autoridad confiere una serie de facultades que, sucintamente, vamos a ir desglosando en las siguientes páginas. No obstante, y como se ha indicado anteriormente, no existe un *estatuto del agente de autoridad* en nuestro ordenamiento jurídico, ni una única norma que se refiera a los caracteres del mismo. Pero sí que abordaremos algunas de las cuestiones que pueden surgir en el marco de la consideración de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad.

³³ Para acceder al documento completo <http://www.gobiernodecanarias.org/boc/2021/182/003.html> (consultado el día 28 de septiembre de 2021).

4.1. EL CARÁCTER DE AGENTE DE LA AUTORIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS Y EL EJERCICIO DE FUNCIONES POLICIALES

Anteriormente se indicó que las fuerzas policiales en el ordenamiento jurídico español gozan, con carácter general, del carácter de agentes de la autoridad. Por tanto, es una asociación común en el imaginario popular vincular tal condición a este personal. Se puede afirmar que los cuerpos policiales tienen el carácter de agente de la autoridad, pero no se puede afirmar lo inverso: no todos los agentes de la autoridad tienen funciones policiales. Partiendo de esta premisa, si los miembros de las Fuerzas Armadas realizan labores como agente de la autoridad, no supone *per se* que a partir de ese momento realizarán cometidos de naturaleza policial. Las funciones que desarrollan las Fuerzas Armadas son las funciones que tiene legal y reglamentariamente encomendadas y, estas no son policiales, con la pequeña excepción de la policía militar, naval y aérea; y aun así, las funciones policiales de estos miembros de las Fuerzas Armadas son muy limitadas, pudiendo afirmar que tales unidades no realizarían funciones policiales plenas o en sentido estricto del término³⁴.

Por lo tanto, la activación de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad no supone una transmutación de sus funciones y cometidos, ni siquiera una ampliación de las competencias atribuidas. Como se ha señalado anteriormente, sí que parece que el Real Decreto 194/2010 ayuda a que exista esta confusión. Pero, si se confronta con la LODN, no encontramos misiones y operaciones adicionales o distintas cuando los miembros de las Fuerzas Armadas actúan como agentes de la autoridad; es más, las distintas operaciones que pueden llevar a cabo las Fuerzas Armadas pueden desarrollarlas tanto como fuerza armada, como agente de la autoridad, siendo un aspecto irrelevante el estatuto jurídico del personal militar a tales efectos. Por lo tanto, y sirva como ejemplo, en los casos que describe el artículo 16.e) de la LODN, las Fuerzas Armadas podrán actuar, siempre que medie la orden de la autoridad competente, bajo cualquiera de los dos estatutos. El Gobierno podrá dotarles del carácter de agente de la autoridad, pero eso no afectaría, en ningún caso, a los cometidos legalmente descritos y a las funciones que específicamente se encomendaran en ese supuesto.

En consecuencia, no cabe deducir que por la mera activación de las Fuerzas Armadas como agente de la autoridad estas pudieran desempe-

³⁴ Para comprobar esta afirmación solo hace falta confrontar el artículo 30 del Real Decreto 194/2010 que se refiere a los cometidos de la policía militar, naval y aérea, con los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

ñar funciones policiales. Es más, si el legislador quisiera y modificara la LODN, las Fuerzas Armadas podrían prestar funciones policiales sin necesidad de ser agente de la autoridad. Únicamente habría que incluir esas funciones en los artículos 15 y 16 de la mencionada ley. No obstante, también hay que tener en cuenta que existiría un obstáculo mayor, y sería el propio artículo 8.1 de la Constitución. Dificilmente las funciones de seguridad pública podrían atribuirse a las Fuerzas Armadas, si no media una reforma constitucional, máxime porque este cometido se encuentra específicamente previsto en el artículo 104.1 del texto constitucional, con una atribución expresa a favor de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

4.2. EL AGENTE DE LA AUTORIDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS Y LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD

Otra de las cuestiones controvertidas del estatuto como agentes de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas es la presunción de veracidad de los documentos expedidos por la autoridad y sus agentes. El artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone:

«Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario».

De este precepto podemos inferir que si un miembro de las Fuerzas Armadas, que tenga reconocido el carácter de agente de la autoridad, confecciona un documento (llámese oficio, declaración, etcétera) donde consigne una serie de hechos, estos tendrían presunción de certeza y, por lo tanto, podrían constituir prueba por sí mismo. Entonces, si esto es así, ¿por qué determinadas leyes especiales tienen que atribuir específicamente este carácter a otros agentes de la autoridad? ¿No es suficiente con lo que recoge la Ley del Procedimiento Administrativo? ¿Por qué el artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana tiene que afirmar específicamente el valor probatorio de las denuncias, atestados o actas de los agentes de la autoridad?

La cuestión no versa sobre el carácter de autoridad, sino sobre las competencias que tenga atribuidas esa autoridad. La clave se encuentra en que esa autoridad, o sus agentes, estén realizando funciones que tengan

encomendadas y, en ese caso, sí que podríamos referirnos a la presunción de veracidad o certeza. Por tomar el ejemplo reseñado del artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2015, el encabezamiento de ese precepto ya nos da una pista al afirmar que «en los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de esta Ley...». Por lo tanto, la presunción de veracidad no viene por el hecho de ser agente de la autoridad, sino por el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas en una materia específica; en este caso, la seguridad ciudadana. Por tanto, podemos afirmar que la presunción de veracidad o certeza es predicable para el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas.

En consecuencia, y volviendo a la pregunta de si las Fuerzas Armadas podrían gozar de la presunción de certeza o veracidad la respuesta es sí. Pero esta afirmación es condicional y, en el actual marco jurídico, se trata de una afirmación vacía de contenido, toda vez que ninguna norma atribuye a las Fuerzas Armadas actuaciones administrativas específicas, como ocurre en el señalado caso de las fuerzas y cuerpos policiales.

Por lo tanto, hecho este pequeño excursus ilustrativo, la presunción de veracidad de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su actuación como agentes de la autoridad, se trataría de una discusión un tanto estéril y que no parece que tenga virtualidad práctica, pues los miembros de las Fuerzas Armadas no tienen competencias administrativas frente a los ciudadanos que requieran de este mecanismo administrativo.

4.3. LA PROTECCIÓN DEL AGENTE DE LA AUTORIDAD FRENTE A LA DESOBEDIENCIA Y LAS FALTAS DE RESPETO

La protección penal pasiva que confiere el estatuto de agente de la autoridad es la cuestión central de este estatuto. Esta cualidad es, sin ningún género de duda, el elemento más característico del estatuto de agente de la autoridad. Se confiere a las autoridades y a sus agentes una protección que, en comparación con el de la fuerza armada que se recoge en el artículo 554 del CP, otorga una protección adicional frente a terceros para el caso de la desobediencia. El artículo 554 del CP hace una remisión en bloque a las conductas descritas en el artículo 550 y 551 del CP sustituyendo únicamente el sujeto pasivo del delito. No obstante, analizando de una forma sucinta el tipo penal contenido en el artículo 554.1 del CP, podemos encontrar una

velada definición de fuerza armada que comparte ciertas similitudes con el citado artículo 35.3 del CPM, pero con una descripción más escueta³⁵.

Así, la protección pasiva que el CP brinda al personal de las Fuerzas Armadas queda limitada a los atentados descritos en los artículos 550 y 551, pero deja sin cobertura la desobediencia a los miembros de las Fuerzas Armadas que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollen sus funciones con dicho carácter. Como ha señalado Jiménez Jiménez, en el artículo 554 del Código Penal se destipifica la desobediencia y la resistencia que se convierten en atípicas pues este artículo solo haría una remisión a los artículos 550 y 551³⁶, como se ha indicado anteriormente.

No obstante, en el momento que a un miembro de las Fuerzas Armadas se le dota del carácter de agente de autoridad, la protección del artículo 556 del CP frente a la desobediencia le protegería para el cumplimiento de las funciones encomendadas. Pero esas funciones no serían las que se describen en el artículo 16 de la LODN, sino alguna de aquellas funciones que se describen en el Real Decreto 194/2010; en particular, en la disposición adicional primera, complementada en el caso de la policía militar, naval y aérea con los cometidos descritos en el artículo 30. Por lo tanto, el Real Decreto 194/2010 acota y delimita aquellos específicos ámbitos de actuación en los que los miembros de las Fuerzas Armadas podrán tener la protección pasiva frente a la desobediencia. Cualquier otra actuación de los miembros de las Fuerzas Armadas fuera de tales supuestos, deberá ser reconducida al esquema de los artículos 550 y 551 del CP, por remisión del artículo 554.

En cuanto al límite entre los distintos delitos de atentado, sin ánimo de ser exhaustivo y refiriéndonos al criterio jurisprudencial más asentado, el fundamento segundo de la sentencia n.º 156/2018, de 4 de abril de 2018 indica:

³⁵ Define el artículo 554.1 del CP a la fuerza armada como «un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado». Cabe plantearse si el personal descrito en el artículo 2.5.º del CPM, «quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo», gozaría de la misma protección pasiva que la fuerza armada en sentido penal del CP.

³⁶ Jiménez Jiménez, L.A. (2020), «Elementos subjetivos del injusto en el artículo 35 del Código Penal Militar», en *Diario La Ley*, n.º 9759, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2020, Wolters Kluwer. Consultado el día 9 de junio de 2021 en https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NTwvCMAzFP429CLIpoh56mTuKiA7vWRu6Qm20Taf79sY_gUfyC95j4Jp6vDF2pD1juZ3jBBUniL-F6aa7VFAx9F1Xs42pRUsFhguEloyu693H-RE76HWIKFIMzSQTE0M4YxZkvVZ5oOcRRu-APcUG0u-vt1a3XSW1qreb5VaNmLIA-uodRkY1eDccRPzjM0IywwkckkvN2FoA-fn--m-awizXPfL1ysTpLfAuleA0f5z36eM6yzzAAAAWKE

«resumiendo la doctrina jurisprudencial precedente y con el fin de clarificar la relación gradatoria entre los tipos penales de atentado, resistencia y falta contra agente de la autoridad, señala de mayor a menor la escala siguiente: a) art. 550: resistencia activa grave; b) art. 556: resistencia pasiva grave y resistencia activa no grave o simple...».

En la aplicación de estos tipos, hay que señalar el problema de delimitar la conducta constitutiva del artículo 556.1 del CP y lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, pues este último precepto tipifica como infracción «la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito...». Si bien es cierto que, con carácter general, no resultará competencia del militar dilucidar esta cuestión, sí que plantea una relativa inseguridad jurídica. Como acertadamente señala el profesor Quintero Olivares la distinción «se reduce al adverbio “gravemente”, que en verdad es poco o nada delimitador»³⁷.

En relación con esta cuestión, resulta curiosa, cuanto menos, la propuesta que plantea Colomer Bea en la que recoge la posibilidad de incluir una pena agravada consistente en añadir una inhabilitación especial para empleo o cargo público para aquellos casos en los que el sujeto desobediente sea una autoridad o funcionario público³⁸. Por precisar esta idea, el tipo debiera prever que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público, pero que actuara fuera del ejercicio de sus funciones. De esta manera, lo que parece que se pretendería proteger con este tipo es una suerte de

³⁷ Quintero Olivares, G. (2021), «La revisión de los delitos de desobediencia» en *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 1/2021, p. 4, Editorial Aranzadi.

³⁸ Colomer Bea, D. (2021), «La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia», en *Revista General de Derecho Penal* n.º 35, p. 18, Editorial Iustel. No obstante, en el específico ámbito de las Fuerzas Armadas sí que exista una penalidad agravada pero que no debemos buscarla en sede del Código Penal, sino en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El artículo 8.14 tipifica como una de las conductas constitutivas de falta muy grave «haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de leyes distintas al Código Penal Militar, a pena de prisión por un delito doloso [...] en cualquiera de los casos cuando afecte al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a la Administración». Parece que, en este caso, el legislador tipifica de una forma genérica, en la vía disciplinaria, una suerte de ejemplaridad del militar o de especial responsabilidad. Por lo tanto, si se hiciera lo que el profesor Colomer Bea propone pudiera existir una vulneración del principio de legalidad en su vertiente del *non bis in idem*, por concurrir un idéntico fundamento. Lo que se ha expresado para los miembros de las Fuerzas Armadas también es predicable para el personal de la Guardia Civil, como dispone el artículo 7.13 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

coherencia con las funciones desempeñadas por otras autoridades y sus agentes.

Aun así, no tendría sentido que una persona que tenga el carácter de autoridad o agente de la misma por razón de su oficio, pero que no se encuentre ejerciendo tales funciones, se le penalice de forma agravada por un delito de desobediencia cuando su carácter de autoridad no esté operando, o no se estén realizando funciones concurrentes con otras autoridades o sus agentes. Cuestión distinta sería que realizara un abuso de su condición u opusiera su carácter de autoridad o agente a otros iguales que estuvieran ejerciendo sus funciones. En tal caso, si se diera la circunstancia de que se está realizando un uso abusivo de su condición, sí que pudiera existir un ataque a los bienes jurídicos que se tutelan con los atentados a la autoridad y sus agentes.

No obstante, y si quisiera castigarse a un sujeto que siendo autoridad o funcionario público, aun sin manifestarlo, cometiera el delito de desobediencia contra la autoridad y sus agentes, podría incluirse en el artículo 556.1 CP una pena agravada, consistente en añadir a la prisión o multa la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, en los casos en que el sujeto desobediente sea una autoridad o funcionario público, pero que debería encontrarse, de alguna manera, exhibiendo su condición. No parece admisible que por la sola concurrencia de un determinado estatuto, que no está produciendo efectos jurídicos, ni se pretende, se agrave la conducta de un sujeto en la búsqueda de una moral pública rigorista. Así mismo, y desde un punto de vista netamente técnico, parece una agravación de la penalidad de difícil encaje. Además, la imposición de un delito doloso de desobediencia, no impediría la eventual responsabilidad disciplinaria que conforme a su estatuto pudiera tener el condenado por un delito de esta naturaleza³⁹.

Por otra parte, señalar que la protección penal de las faltas de respeto contra la autoridad que tipifica el artículo 556.2 del CP excluye del tipo a los agentes de la autoridad y a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por lo que solo quedaría reservada para las autoridades la protección penal, siendo para los agentes de la autoridad y funcionarios públicos, a lo sumo, constitutivo de una infracción administrativa⁴⁰.

³⁹ En el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas tipifica en su artículo 8.14 como falta muy grave «haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de leyes distintas al Código Penal Militar, a pena de prisión por un delito doloso o a pena de prisión superior a un año por delito cometido por imprudencia, en cualquiera de los casos cuando afecte al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a la Administración».

⁴⁰ Muñoz Cuesta, J. (2016), «El delito de atentado: su nueva configuración y relación con resistencia y desobediencia», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 2/2016, pp. 6, Editorial Aranzadi.

Por último, merece la pena traer a colación, aunque sea a mero título ilustrativo, el específico delito de desobediencia para el personal de los buques de Estado, situación de importancia en este estudio por su afección a las dotaciones de la Armada, los cuales tienen el carácter de agente de la autoridad. El artículo 616 quater del Código Penal, en sede de piratería, dispone:

«1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.

3. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos».

En las conductas que tipifica este artículo, encontramos los verbos *resistir* y *desobedecer*, dos términos que parecen más propios del delito de atentado al que venimos haciendo referencia en este epígrafe. No obstante, y sin ánimo de profundizar en este delito, sí que parece dotar de coherencia al concepto de agente de la autoridad de los buques de la Armada, pues para el cumplimiento de sus funciones de seguridad marítima se le dota de la protección del agente de la autoridad, no solo formalmente, sino con un respaldo específico en este tipo de delitos contra la seguridad marítima.

Aun así, llama la atención que se incardine este delito de atentado-desobediencia en el mar en sede de piratería, por más que compartan el espacio marino como condición geográfica necesaria para la comisión del ilícito⁴¹. Así, parece que en estos casos las desobediencias que tuvieran lugar en estas situaciones se reconducirían al delito de piratería expuesto, y no resultarían de aplicación los artículos 550 a 556 del CP de conformidad con el principio de especialidad.

⁴¹ Estos delitos han sido profundamente estudiados por la profesora López Lorca, B. (2013), «La piratería y otros delitos contra la seguridad de la navegación marítima», tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 473 y siguientes. Recuperado de https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3394/Tesis_L%c3%b3pez%20Lorca.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

5. CONCLUSIONES

El estatuto de agente de la autoridad es una figura compleja, que no se encuentra definida, con carácter general, en ninguna norma del ordenamiento jurídico. No obstante, este carácter de agente de la autoridad no confiere *per se* ninguna facultad o atribución desde un punto de vista competencial, sino que simplemente otorgan una serie de protecciones adicionales para el cumplimiento de las específicas funciones públicas que tenga encomendadas.

Por otra parte, las Fuerzas Armadas no tienen, con carácter general, la condición de agentes de la autoridad. La condición natural del personal de las Fuerzas Armadas, valga la redundancia, es la de fuerza armada. Dicho concepto se encuentra definido en el artículo 35.3 del CPM pero que, en la práctica, resulta dudoso su alcance, más allá de la protección pasiva que otorga. Huelga decir que dicha protección pasiva pudiera conferirse acudiendo a otros conceptos como el de funcionario público o, simplemente, el de militar.

Así mismo, excepcionalmente, las Fuerzas Armadas podrán ostentar la condición de agentes de la autoridad en los términos que indica la disposición adicional primera del Real Decreto 194/2010 anteriormente citado. Esta consideración debe interpretarse con carácter restrictivo por no ser el estatuto natural de las Fuerzas Armadas. Además, debe tenerse en cuenta que el carácter de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas solo puede ser acordado por el Gobierno, aunque existen diversas posibilidades materiales para que esta decisión se lleve a cabo.

En otro orden de cosas, el carácter de agente de la autoridad de los miembros de las Fuerzas Armadas no otorga a sus miembros atribuciones de carácter policial, ni de ningún otro tipo análogo referido a la seguridad pública. La ostentación de la condición de agente de la autoridad no innova las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas, que se encuentran descritas en el artículo 8 de la CE y los artículos 15 y 16 de la LODN. Por lo tanto, las Fuerzas Armadas, ya sean como fuerza armada o como agente de la autoridad, tienen los mismos cometidos con independencia del estatuto con el que se encuentren investidos. Así, lo más relevante de la condición de agente de la autoridad, para un miembro de las Fuerzas Armadas, pudiera ser la protección frente a la desobediencia tipificada en el artículo 556 del CP.

Por lo tanto, el régimen actual parece acorde al cumplimiento de las funciones que constitucionalmente tienen asignadas las Fuerzas Armadas. Como se ha podido comprobar, la condición de agente de la autoridad se

le otorga a este personal cuando realiza actos frente a terceros, en los cuales interviene de una forma directa con la población civil, mientras que para el desempeño del resto de los cometidos atribuidos, la protección que confiere el estatuto de fuerza armada resultaría suficiente para proteger la integridad de sus miembros.

BIBLIOGRAFÍA

- Blecu Fraga, R. y Rodríguez-Villasante, J.L. (coord.), *Comentarios al Código Penal Militar*, editorial Civitas, 1988.
- Colomer Bea, D. (2021), «La tutela penal de las funciones públicas y los delitos de desobediencia», en *Revista General de Derecho Penal* n.º 35, Editorial Iustel.
- Goyena Huerta, J. (2016), «La reforma del delito de atentado operada por la Ley Orgánica 1/2015», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* n.º 9/2016, Editorial Aranzadi.
- Jiménez Jiménez, L.A. (2020), «Elementos subjetivos del injusto en el artículo 35 del Código Penal Militar», en *Diario La Ley*, n.º 9759, Sección Doctrina, 22 de diciembre de 2020, Wolters Kluwer.
- López Lorca, B. (2013), «La piratería y otros delitos contra la seguridad de la navegación marítima», tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha. Recuperado de https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3394/Tesis_L%c3%b3pez%20Lorca.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- Mapelli Caffarena, B. (2018), «El agente de la autoridad en el Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* n.º 126, III, Época II, pp. 5-50.
- Muñoz Cuesta, J. (2016), «El delito de atentado: su nueva configuración y relación con resistencia y desobediencia», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* n.º 2/2016, Editorial Aranzadi.
- Quintero Olivares, G. (2021), «La revisión de los delitos de desobediencia» en *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 1/2021, Editorial Aranzadi.
- Roca Agapito, L. (2013), «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* n.º 31/2013, Editorial Aranzadi.
- VV.AA., (2016), *Estudios de Derecho Militar*, n.º 1, Ministerio de Defensa, 2016.

EL CONFLICTO DE UCRANIA DE 2022 VISTO DESDE LOS ARTÍCULOS 2 Y 51 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

José Antonio Perea Unceta

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Complutense de Madrid*

Resumen

El conflicto de Ucrania, iniciado en febrero de 2022 con la invasión realizada por Rusia, tiene sus antecedentes en los iniciados en 2014 con la anexión de Crimea y la guerra secesionista de Donetsk y Lugansk. Rusia alega que debe excepcionarse la prohibición internacional del uso de la fuerza por el deber que tiene de asistencia a un pueblo que lucha por su libre determinación (en el marco de la doctrina de la secesión-remedio), porque su intervención tiene naturaleza humanitaria para impedir el genocidio de la población de origen ruso y por una legítima defensa preventiva motivada por un supuesto programa de armamento de destrucción masiva en Ucrania y por la adhesión a la OTAN. Estas alegaciones así como la categorización de los diferentes usos de la fuerza, las consecuencias jurídicas de la misma y las condiciones y alcance de la legítima defensa de Ucrania y de los países amigos son analizadas en este trabajo.

Palabras clave: Ucrania, Rusia, conflicto armado, usos de la fuerza, agresión, legítima defensa.

Abstract

The conflict in Ukraine, which began in February 2022 with the invasion by Russia, has its antecedents in those that began in 2014 with the annexation of Crimea and the secessionist war in Donetsk and Lugansk. Russia alleges that the international prohibition on the use of force should be exempted due to its duty to assist a people struggling for its self-determination (within the framework of the doctrine of secession-remedy), because its intervention is of a humanitarian nature to prevent the genocide of the population of Russian origin and for a legitimate preventive defense motivated by an alleged program of weapons of mass destruction in Ukraine and by joining NATO. These allegations as well as the categorization of the different uses of force, its legal consequences and the conditions and scope of the legitimate defense of Ukraine and friendly countries are analyzed in this work.

Keywords: Ukraine, Russia, armed conflict, uses of force, aggression, self-defense.

Sumario

1. Introducción. 2. Los antecedentes del conflicto entre Ucrania y Rusia. 2.1. El contexto de las relaciones entre Ucrania y Rusia. 2.2. Los conflictos iniciados en 2014: Crimea y el Donbás. 2.3. Las medidas adoptadas en el marco de la OSCE. 3. Las alegaciones rusas para fundamentar el uso de la fuerza: secesión-remedio e intervención humanitaria. 4. Categorización de los usos de la fuerza y legítima defensa en el conflicto de Ucrania. 4.1. Los actos de agresión cometidos por Rusia. 4.2. La legítima defensa en el conflicto de Ucrania. 5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El 24 de febrero de 2022 las fuerzas armadas de la Federación de Rusia invadieron el territorio de la vecina Ucrania, tanto en la región secesionada *de facto* de la cuenca del Donetsk (Donbás) como desde la anexionada Crimea al sur y desde la frontera norte del país en dirección a Kiev, Chernigov y Sumy. Aunque los días y semanas precedentes tuvieron la ración habitual de falsas noticias y desmentidos ya habituales en situaciones de máxima tensión internacional, este conflicto armado llevaba meses fraguándose en su versión actual de guerra abierta y varios años, al menos ocho, en una versión más larvada pero con consecuencias tan graves y manifiestas como la

secesión de Crimea y su integración en Rusia y la autoproclamación de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk, entidades *de facto* prorrusas en guerra contra el Gobierno de Kiev, ambas en 2014.

Aunque el análisis político de un conflicto armado requiere siempre el estudio de las tensiones políticas y de las controversias jurídicas que lo han motivado, en este caso los antecedentes tienen —en la perspectiva de este trabajo— un interés jurídico añadido. Esto es así por cuanto nos encontramos los especialistas en derecho internacional con un agresión evidente —en forma de invasión y su consecuente ocupación— que permite excepcionar el uso de la fuerza por parte del agredido conforme al derecho de legítima defensa establecido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU), pero, al mismo tiempo, la parte agresora presenta a la consideración de sus nacionales, a la opinión pública, a los demás gobiernos interesados e incluso en sede institucional, esto es, en las organizaciones internacionales, una serie de alegaciones con las que pretende justificarse. Estas alegaciones están, todas ellas, en los antecedentes, pues no hay —como en otros casos— un detonante inmediato.

El *casus belli* alegado por Moscú se sitúa en los topónimos mencionados: Crimea, Donetsk y Lugansk. En esos espacios territoriales hay una población mayoritaria de origen ruso que entiende su Estado afin (Rusia) que tiene derecho a secesionarse (Crimea ya lo hizo con un referéndum de independencia seguido inmediatamente de otro de integración en Rusia) porque han sido objeto de una grave discriminación por parte de las autoridades ucranianas (noción de la secesión-remedio). Además, considera que las minorías nacionales rusas del Donbás están siendo tan gravemente discriminadas que se está iniciando un auténtico genocidio, lo que justificaría su intervención humanitaria.

Siendo estas sus principales alegaciones —secesión-remedio de las minorías rusas e intervención humanitaria de Moscú— lo cierto es que siempre ha planeado sobre las relaciones entre Rusia y Ucrania una nube extremadamente tormentosa: el plan (de momento simple deseo) de Vladimir Putin de recuperar la hegemonía de la que gozaba la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en su espacio de influencia (lo que exige, después del fracaso de las alianzas subregionales, la recuperación directa de las fronteras de 1991). Aunque este elemento político supera la aproximación jurídica de este trabajo, hay, no obstante, un argumento utilizado en el año precedente por la diplomacia rusa que sí nos interesa, en el contexto del *casus belli* alegado, puesto que se ha manifestado expresamente que Rusia considera una amenaza para su seguridad una eventual adhesión

de Ucrania a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y que esto también justifica un pretendido derecho de legítima defensa.

Aunque abordaremos brevemente la secesión-remedio y la intervención humanitaria alegadas, una en el ámbito del derecho de libre determinación de los pueblos y otra en la efectividad de los derechos humanos, pero ambas con efectos en el uso de la fuerza y el mantenimiento de la paz, nos centraremos principalmente en dos vertientes de la legítima defensa que se manifiestan en este conflicto armado: la alegación referida de Rusia de legítima defensa preventiva y las expresiones de legítima defensa realizadas en favor de Ucrania, no tanto por sí misma, pues es obvia, sino por otros Estados, en acción individual o concertada.

La relevancia de estas reflexiones se centran, por tanto, en dos aspectos muy diferentes. Por un lado, si las alegaciones rusas pueden excepcionar la prohibición internacional del uso de la fuerza proclamada como principio en el artículo 2.4 de la ONU en la forma del deber de asistencia a un pueblo que lucha por su libre determinación, de intervención humanitaria para impedir su genocidio o de una pretendida *legítima defensa preventiva* por los riesgos que entraña para la seguridad de Rusia tanto un supuesto programa de armamento biológico en Ucrania como la adhesión a las alianzas militares occidentales. Y en segundo lugar, si la actuación, hasta ahora de soporte diplomático, ayuda humanitaria y asistencia a los refugiados, pero también de financiación, entrega de armamento, soporte logístico, información militar y entrenamiento, quizás también envío de fuerzas irregulares en forma de voluntarios o de mercenarios, suponen alguna clase de uso de la fuerza (no necesariamente mayor y directo) —lo cual es por sí mismo relevante— y si además se sitúan dentro del marco de la legítima defensa de Ucrania, que permitiría su licitud.

2. LOS ANTECEDENTES DEL CONFLICTO ENTRE UCRANIA Y RUSIA

2.1. EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES ENTRE UCRANIA Y RUSIA

La crisis desencadenada en 2014 entre Rusia y Ucrania, que desembocó en la anexión de Crimea por la primera y la consolidación de las entidades *de facto* prorrusas del Donbás, culminó los enfrentamientos que durante varios años mantuvieron esos Estados y que venía precedido de unas malas relaciones durante la etapa soviética. Esta situación de enfren-

tamiento se debió en un primer momento a la integración del territorio ucraniano en la URSS forzada por los bolcheviques en los años veinte del siglo pasado, y en una segunda etapa por la resistencia de la población ucraniana a los programas económicos y políticos de Stalin, que propició una durísima represión por Moscú.

En efecto, al término de la Primera Guerra Mundial —y con una corta vida entre 1917 y 1921— se proclamó la República Popular Ucraniana, unificada en 1918 con la República Popular de Ucrania Occidental, que combatió en la guerra de Independencia contra polacos y rusos, estos aliados con los bolcheviques de la proclamada República Soviética de Ucrania. El final de la guerra civil rusa en el frente occidental en 1920, y sobre todo el de la guerra Polaco-Soviética (1919-1921), permitieron la anexión rusa y la consolidación de la República Socialista Soviética de Ucrania, que fue parte —junto con las de Rusia, Bielorrusia y Transcaucasia— del Tratado de Creación de la URSS de 29 de noviembre de 1922. El régimen soviético del periodo de entreguerras se caracterizó por la *ucranización* del territorio como una forma de asegurar la diferenciación respecto de los nuevos Estados colindantes, y también por los enfrentamientos causados por la colectivización forzosa, la Gran Hambruna (*Holodomor*) de 1932-1933 —provocada como forma de represión por el Gobierno de Stalin y que causó más de 10 millones de muertos— y por las purgas políticas —ahora contra los partidarios de aquella *ucranización*— de 1936-1938¹. La política de *tierra quemada* durante la retirada soviética en 1941, la ocupación alemana y la devastación que se produjo en este territorio, principal escenario —junto con Bielorrusia— de las batallas, avances y retiradas de ambos bandos durante la Segunda Guerra Mundial, pese al protagonismo histórico de Stalingrado y Leningrado, causaron la muerte de millones de ucranianos, primero por la guerra y después por la represión y el hambre. No obstante, los acuerdos que sellaron el final de la contienda permitieron una ampliación considerable del territorio de Ucrania a costa de los países vecinos, que se consolidó con la transferencia propiciada por Jruschov del *óblast* (provincia) de Crimea en 1954, debido a razones de eficacia por la falta de contigüidad con el resto del territorio de la RSS de Rusia.

El siglo de historia en común finalizó con la Declaración de Independencia de 24 de agosto de 1991, motivada en aquel momento por el deseo de las élites políticas ucranianas de desligarse de los golpistas que pretendían revertir el proceso de apertura en Moscú, y refrendada con el referéndum

¹ Ver López-Medel Bascones, J. (2012), «Algunos elementos históricos relevantes en las relaciones Ucrania-Rusia», IEEE, Documento de Opinión 114/2012.

favorable (92,30 %) celebrado el 1 de diciembre de 1991. Desde entonces se han sucedido seis presidencias en la República de Ucrania. Primeramente, las de Leonid Kravchuk (1990-1994) y Leonid Kuchma (1994-2005), con una relación cordial con Rusia, al constituir la Comunidad de Estados Independientes (CEI)², y también con Occidente, al adherirse a la Asociación para la Paz de la OTAN³ (1994) y acordar un Plan de Acción Conjunta con esta organización (2002). Tras la repetición de las elecciones en 2005 por fraude electoral y la *Revolución Naranja*, se desarrolló el Gobierno prooccidental de Víctor Yúshenko (2005-2010), que supuso el ingreso en la Organización Mundial del Comercio (2008), la crisis gasística con su vecino ruso (2009) y las primeras propuestas de adhesión a la Unión Europea (UE) y la OTAN (en marzo de 2008). La etapa más prorrusa fue la protagonizada por Víctor Yanukovich (2010-2014), que ya había intentado acceder al poder de forma fraudulenta en 2005 y cuyo cambio político desencadenó la revuelta de la Plaza del Maidán a finales de 2013, cuando decidió en el último momento no firmar los Acuerdos de Asociación y de Libre Comercio con la UE negociados en 2012 y aprobados por el Parlamento. Su mandato terminó con su salida del país el 22 de febrero de 2014 después de tres meses de enfrentamiento con la oposición. En el periodo de gobierno interino de Oleksandr Turchínov —recién nombrado presidente de la Rada Suprema y por unos meses primer ministro— se produjo la pér-

² El 8 de diciembre de 1991 se celebró el Tratado de Belavezha entre Rusia, Ucrania y Bielorrusia por el que se disolvió —con fundamento en el artículo 72 de la Constitución Soviética de 1977— la URSS y el 21 del mismo mes el Protocolo de Almá-Atá, con otros ocho nuevos Estados surgidos de este desmembramiento por el que se creó la Comunidad de Estados Independientes.

³ La Asociación para la Paz —que actualmente opera mediante el Consejo Euroatlántico— es una iniciativa norteamericana ideada a principios de los noventa para establecer un contacto permanente con Estados que no formaban parte de la OTAN, muchos de ellos antiguos integrantes del extinto Pacto de Varsovia. Como explica la web de la OTAN (https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_50349.htm, consultado el 25/6/2022), permite a los socios construir una relación individual con la OTAN, eligiendo sus propias prioridades de cooperación. De hecho, aunque nació como una pasarela de adaptación de las condiciones políticas y de seguridad de países ajenos a la OTAN para su adhesión futura a esta organización, con el tiempo superó esta finalidad originaria para convertirse en un foro de cooperación, que ha permitido no solo disponer de un foro de diálogo sino también crear el *Consortium of Defense Academies and Security Studies*. Cfr. de Dardel, J.J. (2008), *PfP, EAPC, and the PfP Consortium: Key Elements of the Euro-Atlantic Security Community, Connections*, vol. 7, n.º 3, pp. 1-14. Entre los Estados de la antigua zona de influencia soviética que participaban como *socios* y ahora son *aliados* figuran Hungría, Polonia y República Checa (en la OTAN desde 1999) y Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Rumanía y Lituania (2004). Bielorrusia se adhirió en 1995 pero fue suspendida, también Rusia (desde 1994) en 2014 por la anexión de Crimea. Ucrania se unió en febrero de 1994 y Moldavia el mes siguiente.

dida de Crimea y la rebelión en el Donbás⁴. Le sucedió Petro Poroshenko (2014-2019), que consumó la retirada de la CEI en 2018 (aunque los últimos tratados de este espacio que permanecían vigentes, sobre agricultura y migraciones, se han denunciado en mayo de 2022) y la reforma de la Constitución para prever la adhesión en la OTAN y en la UE. Finalmente, durante la presidencia de Volodomir Zelenski (desde 2019), se han agudizado las tensiones entre ambos Estados al intensificar la estrategia de integración en las instituciones occidentales, al establecer una alianza para este fin con Polonia y Lituania (*Triángulo de Lublin*, 28 de julio de 2020) en la que se constituyen como un bastión contra la expansión rusa y en apoyo a la oposición bielorrusa y posteriormente con el despliegue de tropas rusas en la frontera con Ucrania desde noviembre de 2021⁵.

Este despliegue militar fue objeto el 10 de febrero de 2022 de sendas solicitudes de información por parte de Lituania y Ucrania en base al Documento de Viena de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE, 1990 y 2011), que prevé entre sus medidas de confianza mutua la información sobre maniobras y despliegues de fuerzas armadas en su zona de aplicación, la reducción de riesgos, las visitas y contactos con este fin y la convocatoria de una reunión en el seno de la OSCE para su discusión⁶, sin obtener respuesta de Rusia. Se puso así de manifiesto la absoluta falta de operatividad de esta organización, que en 2014 había conseguido la firma de los Acuerdos de Minsk para fijar las bases y los mecanismos de diálogo y la creación de medidas de confianza mutuas, entre ellas una Misión Especial de Monitorización en Ucrania que, sin embargo, se dio por finalizada el 31 de marzo de 2022 por falta de acuerdo de Rusia para su continuación.

⁴ Sobre estas elecciones y los sucesos de 2014 y 2015, Hernández Corral, D. (2015), *La OSCE en Ucrania, una garantía de futuro*, IIEE, Documento de Opinión n.º 20/2015.

⁵ Sobre la situación de las relaciones entre Ucrania y Rusia, contextualizadas en las más amplias entre la UE, la OTAN y Estados Unidos con esta, ver Sanahuja, J.A. (2022), *Guerras del interregno: la invasión rusa de Ucrania y el cambio de época europeo y global, Cambio de época y coyuntura crítica en la sociedad global - Anuario CEIPAZ 2021-2022*, pp. 41-71.

⁶ Sobre el Documento de Viena ver Cueto, R. S. (1999), *Medidas de confianza: de Helsinki a Viena*, Boletín de Información, 261, p. 9; Pérez, A.C. (2000), *El papel de la OSCE en la prevención y gestión de crisis en Europa*, Boletín de Información, 265, p. 1; Martínez, A.J. (2006), *Organismos internacionales de seguridad: la OSCE*, Boletín de Información, 297, p. 3; y Schmitt, O. (2018), *The Vienna Document and the Russian challenge to the European Security Architecture*, en Hauser, B. y otros, (eds.), *Military Exercises: Political Messaging and Strategic Impact*, NATO Defence College, Roma, pp. 269-284.

2.2. LOS CONFLICTOS INICIADOS EN 2014: CRIMEA Y EL DONBÁS

Aunque el conflicto armado internacional se ha desencadenado en 2022, la controversia territorial que subyace y el conflicto armado interno de la Ucrania oriental se inician en 2014. Desde un principio diversas organizaciones, pero especialmente la OSCE, han propuesto mecanismos de diálogo, supervisión y solución pacífica de la controversia generada entre el Gobierno de Ucrania y las minorías rusas en el territorio de este Estado (en torno al 30 % de la población) y la vecina Rusia, en el marco principalmente de los Acuerdos de Minsk de 2014 y 2015.

Como hemos expuesto, la península de Crimea formaba parte de la República Socialista Soviética (RSS) de Ucrania desde 1954, en la forma de república autónoma, y así permaneció tras el desmembramiento de la URSS en 1991. Sin embargo, la ciudad de Sebastopol siempre estuvo bajo la administración directa de Rusia y por ello se mantuvo —tras la transformación de la URSS— bajo la soberanía de la Federación de Rusia. La situación de este enclave se aclaró con el Tratado de amistad, cooperación y asociación entre Ucrania y la Federación de Rusia de 31 de mayo de 1997, por el cual la ciudad se reintegró en Ucrania, pero al margen de la República Autónoma de Crimea, permaneciendo la base naval en el Mar Negro bajo control ruso durante un periodo transitorio, hasta 2014.

Sin embargo, el deterioro de las relaciones bilaterales entre 2005 y 2010 y especialmente la reacción nacionalista de 2014, tras la caída de Yanukovich, provocaron un distanciamiento entre la minoría rusa y las nuevas autoridades de Kiev. Propuestas como la de abolición del ruso como lengua cooficial, unidas a las declaraciones para agilizar la adhesión en las organizaciones occidentales y distanciarse definitivamente de Rusia, provocaron un movimiento secesionista en la península, debidamente alentado por Moscú. El 6 de marzo de 2014 la ciudad de Sebastopol se declaró bajo soberanía rusa y cinco días después el Parlamento de la República Autónoma de Crimea declaró su independencia y la municipalidad su integración en Rusia el 17 de marzo, tras un referéndum celebrado el día anterior en la ciudad portuaria (con un 95,6 % a favor y una participación del 89,51 %) y en la península (96,77 % y 83,1 % respectivamente). El 18 de marzo se firmó el Acuerdo de anexión de la República de Crimea y de la ciudad de Sebastopol a la Federación de Rusia⁷.

⁷ Sobre la anexión de Crimea ver, entre otros, Bermejo García, R. (2015), *La vuelta de Crimea a la madre-patria*, Tirant Lo Blanch, Valencia; Acosta Sánchez, M. (2014), *La secesión en el Derecho internacional: el caso de Crimea*, IEEEE, Documento de Opinión n.º 142/2014; Remiro Brotons, A. (2014), *Acerca de Crimea*, en *Política Exterior*, vol. 28,

Paralelamente, las dos provincias más orientales, Donetsk y Lugansk, con población mayoritariamente rusa, se rebelaron contra el nuevo Gobierno de Kiev. El conflicto se inició a principios de marzo de 2014 con varias manifestaciones de grupos prorrusos reclamando la realización de un referéndum de autodeterminación y se enconó a partir del 8 de marzo con la ocupación de edificios públicos y la izada de la bandera rusa, y con la detención de numerosos dirigentes rusófilos. Finalmente, el 7 de abril se proclamó la República Popular de Donetsk⁸ —el 28 de abril en Lugansk— y a partir del 12 de abril se sucedieron los enfrentamientos violentos en todo el territorio oriental. El 11 de mayo se realizaron sendos referéndums, sin supervisión internacional, en los que hubo una participación relevante (más del 74 %) y un resultado favorable a la independencia (91 % en Donetsk y 89 % en Lugansk).

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 27 de marzo de 2014 su Resolución 68/262 sobre Ucrania en la que «afirma su determinación de preservar la soberanía, la independencia política, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente» y «exhorta a todos los Estados a que desistan y se abstengan de cometer actos encaminados a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de Ucrania, incluidos los intentos de modificar las fronteras de Ucrania mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otros medios ilícitos». La resolución tacha de no válidos los referéndums realizados en Crimea y Sebastopol y «exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a que no reconozcan ninguna modificación del estatuto de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol sobre la base del citado referendo y a que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado»⁹.

Aunque en esta resolución no se menciona expresamente a Rusia, en otras posteriores condena «la ocupación temporal por la Federación de Rusia de parte del territorio de Ucrania, la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol»¹⁰. Y en otras se rechaza la integración rusa del territorio en diferentes aspectos jurídicos, como en la Resolución 72/190, de 19 de diciembre de 2017, en la que se condena «la imposición y la

n.º 162, pp. 44-53; y Grant, Th.D. (2015), *Annexation of Crimea*, *The American Journal of International Law*, vol. 109, n.º 1, pp. 68-95.

⁸ En la misma fecha se proclamó la República Popular de Járkov, pero unos días después las Fuerzas Armadas ucranianas controlaron completamente la provincia.

⁹ El texto tuvo el apoyo de 100 delegaciones, la abstención de 58 y el voto contrario de 11.

¹⁰ Resolución de la Asamblea General 71/2005, de 19 de diciembre de 2016.

aplicación retroactiva del ordenamiento jurídico de la Federación de Rusia y sus efectos negativos en la situación de los derechos humanos en Crimea, la imposición automática de la ciudadanía rusa a las personas protegidas en Crimea, que es contraria al derecho internacional humanitario, incluidos los Convenios de Ginebra y el derecho internacional consuetudinario, y los efectos perniciosos para el disfrute de los derechos humanos de quienes han rechazado dicha ciudadanía». Hay que tener en cuenta, a este respecto, que el artículo 47 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra prescribe la denominada *intangibilidad de derechos*, conforme a la cual «no se privará a las personas protegidas que estén en un territorio ocupado, en ninguna circunstancia ni en modo alguno, de los beneficios del presente Convenio, sea en virtud de un cambio ocurrido a causa de la ocupación, en las instituciones o en el Gobierno del territorio de que se trate, sea por acuerdo concertado entre las autoridades del territorio ocupado y la Potencia ocupante, sea a causa de la anexión por esta última de la totalidad o de parte del territorio ocupado». Esto se ha interpretado en el sentido de que «la ocupación no modifica el estatuto del territorio de que se trate, en particular que no conduce a la transferencia de soberanía»¹¹.

La situación en las provincias orientales no ha tenido, sin embargo, una condena tan directa como la de Crimea, caracterizada por la anexión directa y manifiesta de Rusia, pese al carácter violento de esa secesión, a diferencia de los hechos acontecidos en la península meridional. De tal modo que el respeto a la integridad territorial de Ucrania se ha manifestado principalmente en el marco del apoyo a la labor de la OSCE, declarando en la Resolución del Consejo de Seguridad 2202 (2015), de 17 de febrero, su apoyo al Acuerdo de Minsk y a la Declaración conjunta de los presidentes de Rusia, Ucrania y Francia y de la canciller de Alemania de 12 de febrero de 2015, en la que «reafirman su pleno respeto de la soberanía e integridad territorial de Ucrania». Sin embargo, transcurridos siete años, el reconocimiento de su independencia por Rusia ha hecho que la Asamblea General adopte el 2 de marzo su Resolución ES-11/1, en la que, entre otras cuestiones, «deplora la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Luhansk adoptada por la Federación de Rusia el 21 de febrero de 2022, que constituye una violación de la

¹¹ Vité, S. (2004), La aplicabilidad del derecho internacional de la ocupación militar a las actividades de las organizaciones internacionales, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 86, n.º 853, pp. 9-35. Véase también Kolb, R. (2003), *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Helbing y Lichtenhahn, Bruylant, 2003, pp. 187 y ss; y Benvenisti, E. (1993), *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, 1993, pp. 7 y ss.

integridad territorial y la soberanía de Ucrania y es incompatible con los principios de la Carta» (punto 5).

El rechazo de las Naciones Unidas a ambos procesos secesionistas ha alentado el de la comunidad internacional. Tan solo contaban hasta el conflicto actual con un reconocimiento mutuo de ambas entidades y el de otro *régimen de facto*, concretamente Osetia del Sur (en junio de 2014), entidad secesionista promovida por Moscú en el territorio soberano de Georgia. Su *Estado sponzor*, Rusia, las ha reconocido unos días antes de desencadenarse la guerra (21 de febrero de 2022) y otros Gobiernos han realizado declaraciones favorables al reconocimiento en las mismas fechas, como Bielorrusia, Siria y Nicaragua¹².

2.3. LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL MARCO DE LA OSCE

El estancamiento del conflicto en las provincias orientales de Ucrania en mayo de 2014 —en una situación derivada de la imposibilidad del Gobierno de Kiev para reprimir el proceso secesionista, sin duda, por el apoyo mayoritario de la población y por la ayuda económica y militar de Rusia— propició el consenso de sus autoridades a una solución negociada.

En ese mes de mayo se constituyó el Grupo Trilateral de Contacto, integrado, además de por los Estados implicados, por la OSCE, con el objetivo de servir de marco de diálogo entre las partes enfrentadas en el conflicto del Donbás, interno pero con una decisiva participación de Rusia. De esta forma, la OSCE se postulaba como organización mediadora en sentido estricto, pues no solo ofreció un espacio donde Kiev y las milicias prorrusas pudieran dialogar, sino también una propuesta de medidas de confianza. Después de dos semanas de negociaciones entre Ucrania, los representantes de Donetsk y Lugansk y Rusia, el 5 de septiembre de 2014 se firmó el Acuerdo de Minsk en el que se consiguió el cese de hostilidades, supervisado por la OSCE; la liberación de todas las personas detenidas; la desmovilización de fuerzas irregulares y los mercenarios y la retirada de las tropas ucranianas; la monitorización de la frontera entre Ucrania y Rusia¹³; la formulación de una ley especial para Donetsk y Lugansk que

¹² También otras entidades *de facto* sustentadas por Rusia, como Abjazia y la República de Nagorno-Karabaj.

¹³ La Misión de Vigilancia Especial de la OSCE para Ucrania se desplegó el 21 de marzo de 2015, con cerca de 500 efectivos. Ver Neukirch, C. (2016), *The Special Monitoring Mission to Ukraine in its second year: ongoing OSCE conflict management in Ukraine*, en *OSCE Yearbook 2015*, pp. 229-239.

garantizase su autonomía, y el adelanto de las elecciones locales; y un plan de recuperación económica.

Aunque hubo algunos avances —como el intercambio de prisioneros y la retirada del armamento pesado en una *zona de amortiguamiento*— continuaron los enfrentamientos y se modificó el formato inicial para permitir la mediación de Alemania y Francia, en lo que se denominó el *Formato de Normandía*. El Acuerdo Minsk II, de 12 de febrero de 2015, promovido por las cancillerías de París y Berlín, añadía una amnistía general, medidas para asegurar la ayuda humanitaria y el restablecimiento de las relaciones sociales y económicas, pero sobre todo una aplicación inmediata de las previsiones de autogobierno de Donetsk y Lugansk¹⁴, que incluía un *derecho de autodeterminación del idioma*, la facultad de crear milicias municipales para el mantenimiento del orden público y la gestión de acciones propias de la cooperación transfronteriza con los municipios colindantes de la Federación de Rusia, entre otras medidas.

No obstante, tampoco Minsk II supuso un avance real en la solución del conflicto. Durante siete años Rusia ha conseguido mantener el *statu quo* del Donbás, sin que se produjera un auténtico restablecimiento de la integridad territorial de Ucrania, siempre enfatizando las medidas de autogobierno de Donetsk y Lugansk sobre las de control real ucraniano de la frontera, desmilitarización de estas provincias y abstención rusa de injerencia en el territorio¹⁵.

Aunque la ausencia de compromiso real de las partes rusas es la causa real del fracaso de la mediación de la OSCE¹⁶, también hay que constatar al menos otros dos factores. Por un lado, y como en otros escenarios post-soviéticos, el papel de Rusia como aparente mediador pese a su carácter de inductor del conflicto y desde luego su determinante sostenedor¹⁷, no solo ha escenificado una falsedad notoria, sino que ha perjudicado notablemente la gestión del mecanismo mediador y amortiguador generado por la

¹⁴ La Ley sobre el Régimen especial de autogobierno local en ciertas áreas de las provincias de Donetsk y Lugansk entró en vigor el 18 de octubre de 2014 por un periodo de tres años y se ha ido prorrogando anualmente desde octubre de 2017.

¹⁵ Sobre las realizaciones y los problemas de las misiones de la OSCE en Ucrania, OSCE Annual Report 2021, pp. 30 y ss.

¹⁶ En declaraciones de 17 de febrero de 2022 la Secretaría General Adjunta de la ONU para asuntos políticos y construcción de la paz, Rosemary DiCarlo, reconoció que había habido en los últimos ocho años «poco o ningún progreso significativo en la implementación de las diversas disposiciones de los Acuerdos de Minsk». Noticias ONU, 17-2-2022, <https://news.un.org/es/story/2022/02/1504222>.

¹⁷ Ver Perea Unceta, J.A. (2021), La política exterior de la UE en el Cáucaso: la diferente actuación de las organizaciones internacionales en el conflicto de Nagorno-Karabaj, Universidad Francisco de Vitoria, Pozuelo, pp. 52-53 y 80-81.

OSCE, por la desconfianza de la parte más perjudicada en su merma de la integridad territorial, en este caso Ucrania, que ha visto como durante ocho años se ha perpetuado la secesión *de facto* del Donbás. Y por otro lado, como ha señalado acertadamente Díaz Galán,

«el incidente que tuvo lugar en noviembre de 2018 en el estrecho de Kerch en el que Rusia procedió a capturar a tres embarcaciones ucranianas levantó de nuevo las alarmas y desveló, una vez más, quiénes son verdaderamente las partes en el conflicto, al establecerse un “diálogo” entre Rusia y la UE a este respecto. La OSCE en este caso y en otros de la misma índole, ha tenido un papel escasamente protagonista y, al cabo, se ha limitado a hacer llamamientos “a la contención y al diálogo para disminuir la tensión”. En ningún caso, aunque se trata de supuestos que implican el “uso menor de la fuerza”, esta Organización ha penetrado intensamente en la invocación de las normas internacionales que regulan situaciones de este tipo y, menos aún, ha procedido a gestionar las crisis de manera intensa»¹⁸.

Efectivamente, la adquisición de territorio mediante uso de la fuerza —aunque sea mediante una entidad interpuesta, como es el caso— sitúa el marco de actuación en sede de las Naciones Unidas, pues es la que tiene atribuida la responsabilidad del restablecimiento de la paz. Pero en ocasiones resulta imposible, especialmente cuando el autor de la agresión es un miembro permanente del Consejo de Seguridad. Si en su lugar actúan otras organizaciones, con funciones de solución pacífica de las controversias, como la OSCE, no es de extrañar que los resultados sean acordes con su limitación competencial, situación que puede ser aprovechada por las partes, como en este caso por Rusia y sus protegidos del Donbás. Y por otro lado, si la causa principal de este conflicto es el cambio de alineamiento de Ucrania, pasando de la órbita rusa a la integración en las estructuras económica y de seguridad occidentales, la intervención relevante tendrá que ser, no de la OSCE, sino de la OTAN (por tanto Estados Unidos, ausente de este escenario hasta 2022) y especialmente de la UE.

¹⁸ Díaz Galán, E.C. (2019), El papel de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) en la crisis de Ucrania: Referencia a la Misión Especial de Observación, Revista electrónica de estudios internacionales, n.º 38, p. 9.

2.4. LA MINORÍA RUSA EN UCRAANIA

Junto a la recuperación de la base naval del Mar Negro y la futura ubicación estratégica del territorio ucraniano, la otra preocupación de Rusia es la situación de la minoría rusa en el país vecino, problemática que se reproduce en otros escenarios cercanos, como Moldavia, Estonia o Letonia.

Esta minoría rusa en Ucrania es de unos 14 millones de personas, localizadas principalmente en el sur (77 % en Crimea y 42 % en Odesa) y en el este (75 % en Donetsk, 69 % en Lugansk, 48 % en Zaporíyia y 44 % en Járkov). Se trata de una minoría nacional —por el origen y la afinidad con la vecina Rusia—, lingüística —por cuanto utiliza como lengua materna el ruso— y en cierta forma religiosa, por estar adscrita buena parte a la Iglesia ortodoxa ucraniana del patriarcado de Moscú¹⁹. La convivencia entre la mayoría ucraniana y la minoría rusa ha estado desde 1991 condicionada por las relaciones entre los Gobiernos de Moscú y de Kiev y por las derivas prooccidentales o prorrusas de estos últimos. Sin embargo, la tensión se intensificó entre 2012 y 2014 como consecuencia del tratamiento dado a la lengua rusa, puesto que, si bien habían convivido sin problemas hasta la primera fecha a pesar de ser solo oficial el ucraniano, la aprobación de la cooficialidad provocó la reacción de las provincias con menor implantación rusa y la propuesta de su derogación durante las convulsas sesiones parlamentarias del *Euromaidán* dinamitó las expectativas generadas dos años antes en esta minoría. Aunque la Ley sobre los principios de la política lingüística estatal de 2012 no se derogó entonces, tuvo sin embargo poco recorrido, puesto que el 28 de febrero de 2018 el Tribunal Constitucional de Ucrania dictaminó que era inconstitucional, adoptándose una nueva legislación en 2019 (Ley sobre la garantía del uso del idioma ucraniano como lengua estatal, de 25 de abril), ya con el presidente Zelenski, que prioriza el ucraniano frente a las lenguas minoritarias, sobre todo en el ámbito cultural, obligando, por ejemplo, al doblaje en ucraniano de producciones en otros idiomas en un país en el que más de la mitad de los programas de televisión eran en ruso. El recurso interpuesto por medio centenar de parlamentarios contra esta ley fue rechazado por el Tribunal Constitucional en sentencia del 14 de julio de 2019 alegando que la preservación del estatus del ucraniano como lengua oficial y preferente es una cuestión de preservación de la identidad y de la seguridad nacionales.

¹⁹ En 1919 se escindió la Iglesia ortodoxa autocéfala ucraniana, que en 2018 se unió con la Iglesia ortodoxa ucraniana del patriarcado de Kiev, escindida a su vez del Patriarcado de Moscú en 1992.

Estos cambios legislativos han hecho variar también la percepción sobre el uso de las lenguas en Ucrania del Consejo de Europa, organización encargada de supervisar el cumplimiento de la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias, adoptada el 25 de junio de 1992 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que entró en vigor el 1 de marzo de 1998, y de la que es parte Ucrania desde el 1 de enero de 2006²⁰. Así, en los informes del Comité de Expertos de la Carta de 2014 se constata el cumplimiento de la mayor parte de las obligaciones contenidas en este tratado internacional, en mayor medida respecto de la minoría rusa, y en menor alcance en relación con las demás minorías, especialmente la tártara de Crimea²¹. Sin embargo, en el informe de 9 de diciembre de 2019 de la Comisión de Venecia se critica la falta de equilibrio entre el uso del ucraniano y las lenguas minoritarias, y no solo con las de los pueblos autóctonos (tártaros y otros pequeños grupos), sino también con otras lenguas que son oficiales de Estados miembros del Consejo de Europa (como el ruso o el rumano), y también la práctica exclusión de otras lenguas de la educación y la cultura²². En dicho documento, después de constatar la situación legal discriminatoria respecto de las lenguas minoritarias²³, se recomienda preparar sin demoras innecesarias una Ley de Minorías y considerar posponer hasta la aprobación de la misma la aplicación de las disposiciones de la Ley de Idiomas del Estado que ya están en vigor, y revisar esta para garantizar el cumplimiento de los tratados internacionales de los que es parte Ucrania (además de la carta, el Convenio Marco para la protección de

²⁰ Ucrania firmó la Carta el 2 de mayo de 1996, pero no la ratificó hasta diez años después. Rusia es uno de los nueve Estados firmantes pero no ratificantes (que son 25). En el instrumento de ratificación, de 19 de septiembre de 2005, declara «en aplicación de las disposiciones de la Carta, las medidas destinadas a establecer el idioma ucraniano como idioma oficial, su desarrollo y funcionamiento en todas las esferas de la vida social en todo el territorio de Ucrania no se interpretarán como impedimento o que amenace la preservación o el desarrollo de los idiomas a los que se aplicarán las disposiciones de la Carta». Mediante declaración en la firma había aceptado su aplicación a las lenguas de las minorías bielorrusa, búlgara, gagausa, griega, judía, tártara de Crimea, moldava, alemana, polaca, rusa, rumana, eslovaca y húngara.

²¹ Ver Informes del Comité de Expertos de 25 de marzo de 2014, 16 de mayo de 2014 y 12 de enero de 2016.

²² Ukraine - Opinion on the Law on Supporting the Functioning of the Ukrainian Language as the State Language, adopted by the Venice Commission at its 121st Plenary Session (Venice, 6-7 December 2019).

²³ Se recomienda literalmente «to repeal the provisions of the Law providing for a differential treatment between the languages of indigenous peoples, the languages of national minorities which are official languages of the EU and the languages of national minorities which are not official languages of the EU to the extent that the distinction between those languages is not based on an objective and reasonable justification (see §§39-44, 69-82, 87, 89, 93, 94, 99-102, 110, and 111)» (p. 30).

las minorías nacionales de 1995, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos de 1950 y Protocolo Adicional N.º 12).

3. LAS ALEGACIONES RUSAS PARA FUNDAMENTAR EL USO DE LA FUERZA: SECESIÓN-REMEDIO E INTERVENCIÓN HUMANITARIA

El relato anterior pone de manifiesto que la composición étnica es una de las causas detonantes del conflicto entre Ucrania y Rusia. El hecho de que exista una minoría rusa en el territorio ucraniano y que tenga una implantación mayoritaria en las provincias colindantes con su Estado afín, Rusia, sitúa este conflicto en el marco de los irredentismos.

La población de lengua materna rusa, en su mayor parte de origen nacional ruso por haberse instalado en Ucrania proveniente de Rusia en la época soviética o incluso antes con la adquisición de los territorios más orientales por los zares en los siglos XVIII y XIX (lo que explica la menor presencia rusa en las provincias occidentales, que pertenecieron a otros Estados, como Lituania, Polonia o el Imperio austro-húngaro), representa un 30 % de la de Ucrania. En términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías de 1992 puede catalogarse como una minoría étnica, sin duda lingüística, y en buena medida nacional y religiosa. Cumple los requisitos enunciados en 1977 por Francesco Capotorti, relator especial de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías de las Naciones Unidas, que las había definido como «un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque solo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma»²⁴.

De tal modo que quedan amparadas por el régimen de protección de la minorías establecido en el derecho internacional, con carácter general en el artículo 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que prescribe que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas pertenecientes a dichas minorías el derecho, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, o para usar su

²⁴ UN doc E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, párr. 568.

propio idioma», y también en diferentes normas universales y regionales que promueven el derecho de los individuos integrantes de estas comunidades²⁵ a no ser discriminados en sus derechos humanos y a expresar su diferenciación, como, entre otras, con carácter programático, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías de 1992, y con carácter vinculante —además de la citada Carta de Lenguas Minoritarias— en el Convenio Marco de las Minorías Nacionales, del Consejo de Europa, de 1995 (en vigor desde 1998)²⁶.

En el apartado anterior nos hemos referido al trato lingüístico de la minoría rusa en Ucrania. Las normas internacionales, como se ha dicho, exigen, primeramente, la no discriminación; así, conforme al artículo 2.2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales los Estados parte «se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social», y según el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, tal discriminación consiste en «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública». Pero también hay obligaciones activas, que —en segundo lugar— promueven ese ejercicio de la diferenciación, puesto que el artículo 7 de la Carta de Lenguas Minoritarias prescribe «la necesidad de una acción resuelta de fomento de las lenguas regionales o minoritarias, con el fin de salvaguardarlas», «la facilitación y/o el fomento del empleo oral y escrito de las lenguas regionales o minoritarias en la vida pública y en la vida privada» o «la provisión de medios que permitan aprender una lengua regional o minoritaria a los no hablantes que residan en el área en que se emplea dicha lengua, si así lo desean».

²⁵ Ver, entre otros, Thornberry, p. (1991), *International Law and the Rights of Minorities*. Clarendon Press, Oxford; Mariño Menéndez, F.M., Fernández Liesa, C.R. y Díaz Barrado, C.M. (eds., 2001), *La protección internacional de las minorías*, Madrid: Ministerio de Trabajo, Madrid; Pentassuglia, G. (2002), *Minorities in International Law. An Introductory Study*. Consejo de Europa, Estrasburgo; y Weller, M. (2005), *The Rights of Minorities in Europe*. Oxford University Press.

²⁶ En los sistemas regionales del continente europeo, véase Arp, B. (2008), *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

La situación en la que se encuentra la lengua rusa en Ucrania, a la que nos hemos referido antes, junto a otras presuntas violaciones de los derechos humanos imputadas a las autoridades ucranianas por las partes rusas que entienden se han cometido en las provincias orientales en las operaciones de represión del proceso secesionista, han motivado diversas demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Obviamente, no son las únicas presentadas en estas y en otras instancias internacionales²⁷, pues también son muchas las presentadas por Ucrania²⁸, pero sí las que nos interesan a los efectos de las alegaciones rusas. Las demandas rusas con como *Rusia c. Ucrania* (n.º 36958/21), presentada en julio de 2021, en la que el Gobierno ruso acusa al ucraniano de, entre otras cosas, asesinatos, secuestros, desplazamiento forzado de personas, injerencia en el derecho al voto, discriminación en el uso de la lengua rusa, destrucción de propiedades en las acciones militares e incluso el corte del suministro de agua a Crimea. A diferencia de la cuestión lingüística, que cuenta con informes periódicos constatando numerosas violaciones, en las demás no hay evidencias tan claras. Así, en su comunicación de 17 de diciembre de 2018 el TEDH declaró improcedentes los casos *Lisnyy y otros c. Ucrania* y *Rusia* (n.ºs 5355/15, 44913/15 y 50853/15), por entender que las acusaciones de bombardeo y destrucción de los hogares de los solicitantes en el

²⁷ Ver, por ejemplo, el Informe de 15 de julio de 2014 de la Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, el Informe de diciembre de 2015 de la OSCE titulado «Access to Justice and the Conflict in Ukraine» o la Resolución 2133 (2016) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre «Recursos jurídicos por violaciones de los derechos humanos en los territorios ucranianos fuera del control de las autoridades ucranianas», adoptada el 12 de octubre de 2016.

²⁸ Actualmente hay pendientes ante la Gran Sala del TEDH, *Ucrania c. Rusia* (re Crimea) (demandas n.ºs 20958/14 y 38334/18) y *Ucrania y Países Bajos c. Rusia* (n.ºs 8019/16, 43800/14 y 28525/20), dos ante Salas, *Ucrania c. Rusia* (IX) (n.ºs 10691/21) y *Ucrania c. Rusia* (VIII) (n.º 55855/18) y 8.500 demandas de particulares por presuntas violaciones cometidas en Donetsk y Lugansk. Además, la Corte Penal Internacional está investigando las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, con difícil recorrido, y la Corte Internacional de Justicia tiene pendiente la demanda en la aplicación del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, *Ucrania c. Federación Rusa*, con medidas provisionales de 19 de abril de 2017, en la que Ucrania acusa a Rusia de no tomar medidas para prevenir el suministro de armas y otro tipo de ayuda a las entidades secesionistas y participar en una campaña de discriminación en la Crimea ocupada. También ha presentado Ucrania el 26 de febrero de 2022 una demanda en la controversia relativa a las alegaciones de genocidio, *Ucrania c. Rusia*. Ver Villajos de Silva, C. (2020), Las minorías tártara y ucraniana en Crimea: un análisis a la luz de la demanda interpuesta por Ucrania contra la Federación de Rusia ante la Corte Internacional de Justicia, en López Martín, A.G. y Otero García-Castrillón, C., Las minorías en el contexto actual, Dykinson, Madrid, pp. 73-88, especialmente en lo referido a las violaciones alegadas en el primer caso pp. 77-79.

este de Ucrania no habían sido probadas, rechazándose solo en 2016 otros 1.170 casos similares.

Rusia, que en otros casos, como Kosovo²⁹, había rechazado de plano la vigencia de la doctrina de la secesión-remedio, en este caso está dispuesta a secundarla, entendiendo que la minoría ruso ucraniana está siendo sometida a graves, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y que ello la habilita para el ejercicio, incluso con uso de la fuerza, de su libre determinación como pueblo.

Con la síntesis que requiere este trabajo, baste señalar que en el derecho internacional vigente en materia de libre determinación de los pueblos solo aquellos que están sometidos a dominación colonial tiene un pleno y auténtico reconocimiento de ese derecho, pues así está recogido en textos de la Asamblea General con naturaleza de norma imperativa, como la Resolución 1514 (XV9), de 14 de diciembre de 1960, y la 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, y en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), entre otras, en las opiniones consultivas sobre *las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste africano)*, no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, de 21 de junio de 1970, sobre *el Sáhara Occidental*, de 16 de octubre de 1975, y en la Sentencia de 30 de junio de 1995 sobre *Timor Oriental, Portugal c. Australia*, que se refieren a supuestos coloniales³⁰. De igual forma, en los textos internacionales sobre minorías étnicas no se reconoce ningún derecho a la autodeterminación externa, ni en los textos ya citados ni en otros, como el Acta Final de Helsinki de 1977 de la Conferencia para la seguridad y la cooperación en Europa, la Carta de

²⁹ Véase, entre otros, Gutiérrez Espada, C., y Bermejo García, R. (2010), De la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo, Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo n.º 35; Gutiérrez Espada, C., y Bermejo García, R. (2010), La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la Opinión Consultiva de la CIJ, de 22 de julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma, Anuario Español de Derecho Internacional, vol. 26, pp. 7-59; Perea Unceta, J.A. (2011), Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de La Haya, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, vol. XLIV, pp. 101-118; y Hilpol, p. (2012), Kosovo and International Law: The ICJ Advisory Opinion of 22 July 2010, Nijhoff, Leiden.

³⁰ También en las previsiones de la CNU de 1945, en los trabajos preparatorios de los Pactos de Nueva York de 1966 (artículo 1 común) y en las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en la aplicación de este y del referido artículo 27 y en su Comentario General n.º 23 de 1994. Véase Perea Unceta, J.A. (2020), La ausencia de fundamentación de la secesión en el derecho de libre determinación de los pueblos y en la violación grave de los derechos humanos, Fernández de Casadevante, C. (ed.), Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España, Aranzadi Estudios Jurídicos, Pamplona, pp. 23-66.

París para una Nueva Europa de 1990, la Convención de San José de Costa Rica sobre derechos humanos de 1969 (de la Organización de Estados Americanos) o la Carta de Banjul de 1982 sobre los derechos humanos y de los pueblos (de la actual Unión Africana). No obstante esta ausencia de reconocimiento convencional y jurisprudencial —pues no se pronunció sobre ello en la Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010 sobre la declaración unilateral de independencia de Kosovo— una parte de la doctrina sostiene su vigencia como norma consuetudinaria o emergente, pese a que la práctica internacional no es en absoluto uniforme y general al respecto. En efecto hay numerosos casos en los que no es admitido por la comunidad internacional (como la República Turca del Norte de Chipre, entre los que se mantienen con el paso del tiempo, o como la República serbocroata de Krajina, durante el conflicto yugoslavo, o la de Chechenia, entre las ya desaparecidas) y en los casos de secesión con éxito final son pocos los supuestos en los que el reconocimiento internacional ha dependido de una violación grave de los derechos humanos (más en Eritrea y Sudán del Sur que en Bangladesh o Eslovenia, por poner unos ejemplos)³¹.

Siguiendo esta línea doctrinal denegatoria de la existencia de una costumbre que avale la secesión-remedio, en el contexto que nos ocupa, el Comité de expertos de la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias ha condenado del 15 de junio de 2022 la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania y ha considerado inaceptable que continúe utilizando la situación del ruso en Ucrania como pretexto para justificar su agresión, recordando que su artículo 5 advierte de que nada en ella «podrá interpretarse en el sentido de que implique un derecho a emprender ningún tipo de acción o a desarrollar actividades que contravengan los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas u otras obligaciones que establezca el derecho internacional, incluyendo el principio de la soberanía y la integridad territorial de los Estados».

También ha alegado Rusia, elevando el nivel de las acusaciones, que tanto en el Donbás como en el resto del territorio de Ucrania se estaba produciendo un genocidio contra la minoría rusa (en alguna declaración incluso acusó al Gobierno de Zelenski de practicar una represión propia de los nazis contra toda la población). Como se reproduce en la demanda

³¹ Sobre la secesión como forma ilícita de creación de Estados ver López Martín, A.G. y Perea Unceta, J.A. (2018), *Creación de Estados, secesión y reconocimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, y López Martín, A.G. y Perea Unceta, J.A. (2021), *Secession and Statehood: Lessons from Spain and Catalonia*, Routledge, Nueva York, 2021; también Pons Rafols, X. (2015), *Derecho a decidir y Derecho internacional*, Reus, Madrid; y con un planteamiento más favorable Martínez Jiménez, A. (2015), *El derecho de autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI*, Aranzadi, Pamplona.

presentada por Ucrania en febrero de 2022 ante la CIJ para refutar esta acusación el día de la invasión el presidente Vladimir Putin dijo que «[t]he purpose of this operation is to protect people who, for eight years now, have been facing humiliation and genocide perpetrated by the Kiev regime» (p. 6). Unos días después, el 27 de febrero, insistió en ello el representante permanente de la Federación de Rusia ante sus colegas del Consejo de Seguridad al afirmar que el conflicto «empezó mucho antes, cuando ustedes se pasaron 8 años fingiendo que no se daban cuenta de los crímenes de los nacionalistas ucranianos en el Donbás»³².

Como se dice en la Resolución 2625 esta no es la forma de resolver las denuncias de Rusia por el supuesto trato dado a la minoría rusa, pues «todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales existentes de otro Estado o como medio de resolver controversias internacionales, incluso las controversias territoriales y los problemas relativos a las fronteras de los Estados». En el sistema de las Naciones Unidas, establecido en 1945, los Estados han renunciado al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales (art. 2.4 de la CNU) y han transferido el monopolio de la misma al Consejo de Seguridad (art. 25); los Estados no pueden por tanto recurrir a ella de forma unilateral, al margen de los procedimientos establecidos en las Naciones Unidas, ni siquiera para proteger los derechos humanos de las diferentes poblaciones o comunidades, por mucho que durante unos años se pretendiera emerger —por una parte de los Estados y de la doctrina— un supuesto derecho o deber de intervención o injerencia humanitaria³³.

4. CATEGORIZACIÓN DE LOS USOS DE LA FUERZA Y LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CONFLICTO DE UCRANIA

4.1. LOS ACTOS DE AGRESIÓN COMETIDOS POR RUSIA

Los actos realizados por las Fuerzas Armadas de la Federación de Rusia en territorio de Ucrania desde el 24 de febrero de 2022 hasta la fecha de redacción de este trabajo, cinco meses después, son constitutivos de la

³² ONU Noticias, 27/2/2022, <https://news.un.org/es/story/2022/02/1504692>.

³³ Ver Escudero Espinosa, J.F. (2002), Cuestiones en torno a la intervención humanitaria y el Derecho Internacional actual, Universidad de León; y Gutiérrez Espada, C. (2000), Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la «guerra de Kosovo»), Anuario Español de Derecho Internacional, vol. 16, pp. 93-132.

noción de agresión conforme al derecho internacional, de forma clara e incontestable.

En primer lugar, hemos de precisar que dichos actos se están produciendo en los territorios que son de la titularidad soberana de la República de Ucrania, por tanto, no solo los que están bajo su directa administración sino también los secesionados *de facto* desde 2014 en sus provincias más orientales, en las autoproclamadas Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk. Estas entidades, como hemos expuesto, son contrarias en su generación al derecho internacional general, no solo por no existir un derecho de secesión que ampare a las minorías étnicas, por tanto al margen de derecho de libre determinación de los pueblos sometidos a dominación colonial, sino también por su sostenimiento por parte de un tercer Estado, Rusia, contraviniendo el principio de no intervención en asuntos internos y en general el principio de respeto a la soberanía y la integridad territorial de los Estados. Es importante destacar que el ilícito cometido por Rusia desde febrero de este año, por uso de la fuerza contra Ucrania, se suma a otros dos anteriores, desarrollado de forma continua desde 2014, que son esa intervención en el Donbás ucraniano y la anexión —también comentada anteriormente— de Crimea. Ambas situaciones tienen una apreciación expresa diferente en las instituciones internacionales, puesto que en la primera se ha obviado hasta ahora la condena por razones de evidente interés político en la solución pacífica y negociada con el Gobierno de Moscú, mientras que en la segunda —como se ha indicado en apartados anteriores— las condenas y el no reconocimiento de la adquisición territorial han sido manifiestas y reiteradas en estos ocho años. Sin embargo, en el tratamiento concreto de los casos y situaciones acontecidos en ambos territorios, dado por diferentes organizaciones internacionales en el marco de sus competencias supervisoras (como la OSCE o al Consejo de Europa), siempre se ha considerado a Rusia o bien como potencia ocupante (Crimea) o bien como Estado que ejerce el control real sobre territorio fuera de su jurisdicción nacional (Donetsk y Lugansk)³⁴, reconociendo en ambos casos la intervención rusa.

En segundo lugar, y centrándonos en las acciones emprendidas en este año, podemos calificarlas de agresión conforme a las prescripciones del derecho internacional. La prohibición general del uso de la fuerza en las relaciones internacionales se estableció en la Carta de San Francisco de 1945, tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 1.1 se dispone como primer propósito de la Organización «mantener

³⁴ Ver *infra* casos ante el TEDH.

la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar las amenazas para la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz», y en cuyo artículo 2.4 se prescribe que «los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». Este principio de prohibición del uso de la fuerza es un principio estructural del ordenamiento jurídico internacional, que inspira sus normas imperativas o de *ius cogens*, como se declara entre otros, en la Resolución 2625 (XXV), adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970, y ha sido reconocido en el Convenio de Viena sobre tratados de 1969, al prescribir la nulidad de los tratados internacionales celebrados con amenaza o uso de la fuerza (arts. 52 y 53), en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado, y especialmente en las sentencias y opiniones consultivas de la CIJ, entre otras, en la Sentencia de 27 de junio de 1986, *sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra esta, Nicaragua contra Estados Unidos, fondo*.

Los usos de la fuerza en el derecho internacional se clasifican en cuatro categorías: usos mayores y directos, usos mayores e indirectos, usos menores y directos, y usos menores e indirectos. Su distinción tiene importantes efectos jurídicos en la graduación de la responsabilidad internacional derivada del hecho ilícito y en su reparación, y también en las formas lícitas de reacción, ya sea por la comunidad internacional (en el marco del mecanismo de seguridad colectiva, las acciones coercitivas del artículo 42 de la CNU) o por los Estados individual (legítima defensa del art. 51) o colectivamente (en el marco de los acuerdos regionales del Capítulo VIII). Esta categorización no es sistemática, sino que se desprende de diferentes resoluciones, como la citada 2625 de 1970, la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974 o la Resolución 42/22 de la Asamblea General de 18 de noviembre de 1987, así como diversa jurisprudencia de la CIJ, como el citado *asunto Nicaragua contra Estados Unidos* de 1986.

En este caso, resulta manifiesto que se ha producido, en primer lugar, un uso mayor y directo de la fuerza por parte de Rusia, por cuanto se ha incurrido en varios de los supuestos contemplados en la noción de *agresión* en el artículo 3 de la referida Resolución 3314³⁵: «a) La invasión o el ataque por las

³⁵ Que coincide con lo previsto en el artículo 8 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional —para los supuestos de responsabilidad individual— resultante de las enmiendas relativas al crimen de agresión adoptadas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010, que hace referencia expresa a la Resolución 3314 y reproduce su contenido.

fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea». Así se deduce de la penetración y ocupación temporal en el territorio de Ucrania (atacando por tierra a ciudades como Jarkov, Jersón, Energodar...), el bombardeo de ciudades (como Kiev o Lvov) y otros elementos (isla de las Serpientes o base aérea de Millerovo), el bloqueo de la costa del Mar Negro (desde Mariúpol hasta Odessa) y los combates en territorio ucraniano en el norte, el este y el sur del país (batallas de Ivankiv, Aeropuerto Antonov, Vasylkiv, Bucha, Melitópolis, Acería de Mariúpol, etc.).

De igual forma, hay que señalar que la Resolución 2625 dispone que «asimismo, todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las líneas internacionales de demarcación, tales como las líneas de armisticio, que se establezcan por un acuerdo internacional del que sea parte o que esté obligado a respetar por otras razones, o de conformidad con ese acuerdo». Rusia, por tanto, ha incurrido en una violación específica en el marco del Acuerdo de Minsk de 5 de septiembre 2014 y especialmente del memorándum suplementario para su aplicación de 19 de septiembre de 2014, que establecían la creación de zonas de seguridad en el Donbás que debían ser respetadas por todas las partes (punto cuarto del Acuerdo) y un área sin armas pesadas de 15 kilómetros a ambos lados de las denominadas *líneas de contacto* (memorándum), que fueron allanadas en febrero de 2022 por las tropas rusas. Además, en el memorándum decidieron no realizar acciones ofensivas, el vuelo sobre las zonas de seguridad y la retirada de mercenarios de este escenario, acuerdos obviamente incumplidos de forma accesoria a la violación principal del Acuerdo de Minsk en relaciones con las *líneas de armisticio* y a la más importante resultante de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales establecida en el derecho internacional general como norma imperativa.

También podría haber habido un uso mayor pero indirecto, en este caso imputable a Bielorrusia³⁶, por cesión de su territorio, en los términos pre-

³⁶ La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución ES-11/110, de 2 de marzo de 2022, «deplora la participación de Belarús en este uso ilícito de la fuerza contra Ucrania y exhorta al país a que cumpla sus obligaciones internacionales» (punto 10).

vistos en el apartado f del artículo 3 de la Resolución 3314, según el cual se incluye en la noción de agresión «la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado». Efectivamente, en los primeros días del conflicto se han denunciado en la prensa internacional el despliegue desde ese país de tropas rusas (unos 30.000 efectivos) que estaban haciendo maniobras conjuntas los días previos a la invasión, así como el lanzamiento de misiles Iskanders desde dispositivos de esas fuerzas rusas en territorio bielorruso; también en marzo el uso de los aeropuertos bielorrusos para el ataque de la fuerza aérea rusa; y en abril la retirada táctica tras el fracaso de las primeras operaciones en el escenario de Kiev, a través de la frontera de Bielorrusia. Se trataría de acciones rusas en las que el Gobierno de Minsk prestó su consentimiento para utilizar su territorio en operaciones ofensivas contra objetivos en Ucrania. Conforme a las normas internacionales citadas —vigentes en la forma de normas consuetudinarias— podemos calificar estos hechos como una agresión de Bielorrusia, por mucho que el uso de la fuerza sea indirecto, ya que lo prescriben expresamente como tal.

Otras alegaciones de uso la fuerza también mayores e indirectos, pero en este caso imputables a Rusia, son las derivadas de la previsión del artículo 3.g) de la Resolución 3314: «El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos»³⁷. Este supuesto coincide con lo establecido en la Resolución 2625 de que «todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado» y de que «ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden. Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra

³⁷ Sobre la agresión indirecta, especialmente la referida al supuesto del artículo 3.g) de la Resolución 3314, véanse, entre otros, Bermejo García, R. (1993), *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Civitas - Universidad de Navarra, pp. 259 y ss.

civil de otro Estado». Lo que coincide con lo previsto en el artículo 6 de la Resolución 42/22 de 1987.

En este caso serían usos mayores e indirectos solo aparentes, pues es necesario demostrarlos, y se habrían realizado, primero, en la forma de envío de fuerzas irregulares en lo que respecta a las milicias ucranianas prorrusas del Donbás, y quizás también, por el envío de mercenarios, pues hay diversas noticias que habría que probar de mercenarios rusos (naturales de Chechenia) y otros de diversas nacionalidades (por ejemplo, sirios). En el primer supuesto, habría que probar que las milicias secesionistas de Donetsk y Lugansk han sido armadas, apoyadas logísticamente, financiadas o dirigidas por las autoridades políticas y mandos militares de Rusia. A este respecto, hay que señalar que la jurisprudencia de la CIJ ha considerado que «por agresión armada debe entenderse no solo la acción de fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional sino también “el envío por un Estado o en su nombre de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios (...) de tal gravedad que sean equiparables” (entre otros) a una verdadera agresión armada desarrollada por fuerzas regulares»³⁸. Y asimismo que en el artículo 8 del Proyecto de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)³⁹ se dispone que «se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento». En términos probatorios la jurisprudencia internacional ha oscilado entre las doctrinas del *control efectivo* o detallado y del *control general* o global, exigiendo en unos casos que se demuestre que la acción concreta calificable de hecho ilícito internacional estuvo ordenada o dirigida por el tercer Estado, y en otros la simple dependencia o sostenimiento de este.

Así, en el asunto *Loizidou c. Turquía* (Sentencia de 23 de marzo de 1995), asimilable por sus circunstancias al presente en el Donbás ucraniano, ya que un Estado vecino invade un territorio en el que combaten milicias afines al mismo tiempo que se sustentan con su ayuda (indispensable), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) imputa la responsabilidad —en este caso violaciones de los derechos humanos— al Estado que interviene por entender que «el gran número de soldados que participan en misiones activas en el norte de Chipre prueba que el ejército turco ejerce, en

³⁸ CIJ, Sentencia de 27 de junio de 1986 en el *asunto de las actividades militares en y contra Nicaragua, Nicaragua contra Estados Unidos*, párr. 195.

³⁹ Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53.º periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

la práctica, un control global sobre dicha zona. En las circunstancias de la causa dicho control genera la responsabilidad de Turquía con respecto a la política y actuaciones de la RTNC». Indudablemente, en el procedimiento referido ante el Tribunal de Estrasburgo el papel de Turquía en la invasión y ocupación del norte de Chipre, con el sostenimiento de la autoproclamada República Turca del Norte de Chipre (RTNC) desde 1974, es muy similar al de Rusia en el conflicto iniciado en 2014 y culminado en 2022⁴⁰.

Mientras que en la CIJ se ha exigido de forma uniforme el control efectivo, detallado y concreto de cada acción imputable, como consta en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos* de 1986 y en la Sentencia de 14 de febrero de 2007 en el asunto de *la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, Bosnia-Herzegovina c. Serbia*. Así, en la primera sentencia se plantea el Tribunal de La Haya si la relación de los *contras* con el Gobierno de los Estados Unidos fue con tanta dependencia y control que o bien podrían equipararse con un órgano de los Estados Unidos o bien podría decirse que actuaban en nombre de su gobierno⁴¹.

Podemos afirmar —sin profundizar en el tema procesal internacional, que no es objeto de este estudio— que, dependiendo de la instancia judicial internacional que pueda conocer, en su caso, la responsabilidad internacional de Rusia por violaciones del derecho internacional se aplicará una u otra doctrina del control. En realidad, es difícil que juzgue un crimen de agresión la Corte Penal Internacional (CPI)⁴², pues Rusia no es parte en su Estatuto y en el Consejo de Seguridad tiene derecho de veto, en caso de propuesta de demanda instada por este órgano ante la Fiscalía de la CPI. Es prácticamente imposible que se sustancie una demanda directa por agresión contra Rusia ante la CIJ⁴³, pues dependería de su sometimiento

⁴⁰ También en otros casos similares conocidos por el TEDH como *Chipre c. Turquía* (Sentencia de 10 de mayo de 2001), *Chigarov y otros c. Armenia* (Sentencia de 16 de junio de 2015), en relación con la entidad secesionista de Nagorno-Karabaj, dependiente de Armenia, o *Catan y otros c. Moldavia y Rusia* (Sentencia de 19 de octubre de 2012), referida a la entidad *de facto* dependiente de Rusia de Transnistria.

⁴¹ Sin embargo, concluye que, a pesar de los fuertes subsidios y otro tipo de apoyo que les proporciona los Estados Unidos, no hay pruebas claras de que este Estado haya en realidad ejercido tal grado de control como el que se exige en las acciones de minado de la bahía de Corinto, entre otras, que se juzgan (párr. 109). Cfr. CIJ Recueil 1986, p. 62.

⁴² Su jurisprudencia es, por cierto, favorable a la doctrina del control general a tenor de lo expresado en el asunto *Prosecutor c. Dusko Tadic* (IT-94-1-T), Sentencia de 19 de julio de 1999, párrs. 116-123.

⁴³ En la CIJ ni Ucrania ni Rusia son ninguno de los 73 Estados que aceptan *a priori* su jurisdicción, pero ambos la han admitido en la demanda presentada el 26 de febrero por Ucrania para este caso concreto. En síntesis, Ucrania demanda a Rusia por su falsa imputación del incumplimiento del Convenio sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y pide como medida cautelar que cese el uso de la fuerza para su pretendida elusión.

voluntario a su jurisdicción, ya que no los está *a priori*. Sin embargo, todavía pueden ser conocidos por el TEDH, pese al anuncio de retirada de la Convención de Roma de 1950 efectuado por Rusia el 25 de febrero de 2022, pues nada impide la actuación de aquel hasta que se haga efectiva conforme a lo previsto en la misma y en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, respecto de los hechos actuales y en relación con los casos pendientes. Es preciso tener en cuenta, a este respecto, que hay cuatro demandas de Ucrania ante el TEDH contra Rusia pendientes de resolver (de 2014, 18 y 21)⁴⁴ y una de Rusia contra Ucrania (2021), y que Ucrania ha introducido otra por violación del Derecho Internacional Humanitario (demanda n.º 11055/22), sobre hechos actuales, en la que hay una decisión adoptando medidas provisionales del Tribunal de Estrasburgo de 1 de marzo de 2022 exigiendo a Rusia parar los ataques contra objetivos civiles, especialmente escuelas, hospitales y vehículos de emergencia.

Sí podemos constatar, sin embargo, que el TEDH en los asuntos que ha conocido de violaciones perpetradas en las provincias secesionistas ha reconocido la falta de control de las legítimas autoridades ucranianas, especialmente las judiciales⁴⁵, aunque todavía no se ha pronunciado en el sentido de reconocer la jurisdicción efectiva de Rusia en el Donbás, como se ha alegado por Ucrania en las demandas interestatales pendientes, entre ellas, la más clara en este sentido *Ucrania c. Rusia (re Crimea)* (demandas n.ºs 20958/14 y 38334/18) y *Ucrania c. Rusia (IV)* (demanda n.º 42410/15), en las que se afirma el control ruso no solo de Crimea sino también de Donetsk y Lugansk.

La cuestión, por otro lado, del envío de mercenarios por parte de Rusia es también relevante a estos efectos. Según diversas noticias en prensa y denuncias ante la opinión pública del Gobierno de Kiev, están participando en las acciones dirigidas por Rusia en su territorio un millar de mercenarios de la compañía *Wagner*, incluidas unas fotos en Popsana, tras caer en manos rusas en las que posan para las cámaras. Se trata de una empresa militar y de seguridad privada creada en 2013 en Rusia que ha actuado en numerosos conflictos del continente africano y en Siria. Aunque Moscú cifra en hasta 6.500 los extranjeros combatientes contratados por Ucrania

⁴⁴ Entre las demandas pendientes se encuentra *Ucrania c. Rusia (VIII)* (demanda n.º 55855/18) sobre los hechos ocurridos en el estrecho de Kerch. El 25 de noviembre de 2018 tres buques mercantes fueron atacados y apresados por la Marina rusa en el estrecho que conecta el Mar Negro y el de Azov entre Crimea (anexionada por Rusia) y la península de Tamán (en Rusia). En la demanda Ucrania acusa de agresión a Rusia y le acusa de diversas violaciones de los derechos humanos de los tripulantes agredidos y heridos.

⁴⁵ Ver asunto *Khlebiuk c. Ucrania* (demanda n.º 2945/16, Sentencia de 25 de julio de 2017).

para combatir en su nombre, lo cierto es que la demostración de esta práctica no supone ningún ilícito por parte de este Estado, pues ni Ucrania ni Rusia son parte en la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989. Sería relevante, a otros efectos, si se probara el envío por otros Estados para ayudar a Ucrania y, desde luego, es importante para demostrar otro uso de la fuerza mayor e indirecto de Rusia.

Expuestas estas formas mayores de uso de la fuerza ejercidas por Rusia contra Ucrania es preciso señalar que su categorización como agresión tiene varias consecuencias. Una primera es su derivación como crimen internacional, imputable a los dirigentes políticos y militares del Estado en los términos previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y con las limitaciones derivadas del estado de participación de las partes beligerantes en el mismo, como se ha señalado, que excede el objeto de este trabajo.

Una segunda consecuencia es la responsabilidad directa del Estado agresor por violación notoria del derecho internacional general y además con naturaleza de *ius cogens*. Como se expresa en la Resolución 2625, «una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad». Así se confirma en el artículo 5 de la Resolución 3314 al señalar que «la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional». Todo ello sin olvidar, como se ha destacado, que supone una violación de una norma imperativa, por lo que, a tenor de lo previsto en el artículo 40 del proyecto citado de la CDI supone una violación grave y por ello, tiene unas consecuencias particulares, que desglosa en su artículo 41:

«1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación».

Sobre la primera derivada volveremos más adelante; sobre la segunda, debe combinarse con la previsión contenida en la Resolución 2625 —también reproducida, entre otros muchos textos, en la Resolución 42/22 (art. 10) y en la 3314 (art. 5.3)— de que «el territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza».

En tercer lugar, y por una cuestión de proporcionalidad y de coherencia con el artículo 51 de la CNU, entendemos que las acciones coercitivas previstas en su artículo 42 solo se pueden activar en los supuestos de quebrantamiento de la paz que constituyan actos de agresión. Esta es una de las razones principales, en nuestra opinión, del deber que tiene el Consejo de Seguridad de calificar —conforme al artículo 39— las situaciones como amenazas o como quebrantamientos de la paz, y dentro de estos los actos de agresión, como primer paso en el ejercicio de su función de mantenimiento y restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales proclamado como objetivo principal en el artículo 1.1., conferido expresamente por los Estados en el artículo 24 y desarrollado en los Capítulos VII (artículos 39 a 51 de la carta) y VIII (artículos 52 a 54). En el Capítulo VIII, como comentaremos más adelante, se regula la asistencia al Consejo y el ejercicio de la legítima defensa colectiva e institucionalizada, en el marco de los denominados *acuerdos regionales*. En el Capítulo VII las medidas preventivas y provisionales del artículo 40, las pacíficas del 41 y las coercitivas —como se ha dicho— del 42, junto con las normas complementarias previstas para su aplicación, en los artículos 43 a 50.

En este contexto, una invasión como la realizada por Rusia habría sido objeto de la actuación del Consejo de Seguridad, aplicando las diferentes medidas y acciones previstas expresamente en la carta o adoptadas con fundamento en estas disposiciones en la práctica de la Organización, por ejemplo, una orden de cese de las hostilidades y retirada del territorio ocupado (artículo 39), el despliegue de una misión de cascos azules de interposición (artículo 40), el embargo de armas a las partes en el conflicto o todo un elenco de embargos comerciales y financieros, interrupción de las comunicaciones y los transportes, etc. (artículo 41). No obstante, estas decisiones se adoptan —conforme a la interpretación auténtica del artículo 27, tras el Acuerdo Norteamericano-Soviético de 1965— necesariamente sin el voto negativo de alguno de los miembros permanente del Consejo de Seguridad. Este derecho de veto del que dispone Rusia impide que esta agresión haya sido condenada en el Consejo y que se hayan adoptado las medidas y acciones previstas en el Capítulo VII. De hecho, el asunto fue llevado al Consejo de Seguridad el 25 de febrero de 2022 y Rusia vetó una propuesta de resolución que condenaba la invasión y también la decisión rusa de reconocer a las entidades autoproclamadas en Donetsk y Lugansk. El texto contó con el voto a favor de 11 de los 15 miembros del Consejo de Seguridad⁴⁶, tres abstenciones —de China, India y los Emiratos Árabes Unidos— y el voto en contra de Rusia.

⁴⁶ Votaron a favor de la condena Albania, Brasil, Gabón, Ghana, Kenia, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, México y Noruega.

Desde ese momento el Consejo de Seguridad se ha encontrado con el bloqueo de rusos o de norteamericanos⁴⁷, por lo que los debates se han realizado en sede de la Asamblea General, donde no hay derecho de veto, por previsión del propio Consejo, que decidió en su Resolución 2623 (2022), de 27 de febrero de 2022, «convocar un período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General para examinar la cuestión». Reunida la Asamblea General el 2 de marzo de 2022, adoptó la Resolución ES-11/1, en la que condena «la declaración hecha por la Federación de Rusia el 24 de febrero de 2022 de una “operación militar especial” en Ucrania», reafirma «que no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza» y «su compromiso con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente», exigiendo «que la Federación de Rusia ponga fin de inmediato al uso de la fuerza contra Ucrania y se abstenga de recurrir a cualquier otra forma ilícita de amenaza o uso de la fuerza contra cualquier otro Estado Miembro», así como su retirada del territorio de Ucrania; y «deplora la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Luhansk adoptada por la Federación de Rusia el 21 de febrero de 2022, que constituye una violación de la integridad territorial y la soberanía de Ucrania y es incompatible con los principios de la Carta»; exhortándola a cumplir los Acuerdos de Minsk, ya a todas las partes a que faciliten la asistencia humanitaria y respeten a civiles y personas en situaciones de vulnerabilidad. Posteriormente, el 24 de abril de 2022 adoptó un texto en el que exige el cese inmediato de hostilidades por parte de Rusia, así como todo ataque contra la población o infraestructura civiles, en un documento que intentaron primero presentar, sin éxito, Francia y México en el Consejo de Seguridad. En cualquier caso, estas resoluciones, adoptadas conforme a la competencia subsidiaria —respecto del Consejo— que tiene en mantenimiento de la paz conforme al artículo 11.2 de la CNU, tienen —como se recuerda en este precepto— el carácter de meras recomendaciones.

En este contexto merece algún comentario que la consideración del conflicto de Ucrania en las Naciones Unidas y el veto ruso en el Consejo hayan motivado la adopción de la Resolución 76/262, de 26 de abril, de la Asam-

⁴⁷ El 23 de marzo de 2022 Rusia presentó una propuesta de resolución en la que se instaba a alcanzar un acuerdo de alto el fuego, condenando los ataques a civiles y exigiendo las debidas garantías a la asistencia y la ayuda humanitarias, que solo obtuvo el respaldo de China, por entender los trece restantes miembros —con su abstención— que se trataba de una *farsa de resolución*, en palabras del representante de los Estados Unidos. Noticias ONU, 23/3/2022, <https://news.un.org/es/story/2022/03/1506112>.

blea General, en la que «decide que la Presidencia de la Asamblea General convocará una sesión oficial de la Asamblea General en los diez días hábiles siguientes a la emisión de un veto por uno o varios miembros permanentes del Consejo de Seguridad, con objeto de celebrar un debate en relación con la situación sobre la que se haya emitido el veto». En nuestra consideración, los poderes de los órganos de las Naciones Unidas están delimitados con precisión en la CNU, otorgando los Estados miembros la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz al Consejo de Seguridad (artículo 24.1), con resoluciones de carácter vinculante (artículo 25) y las medidas y acciones descritas en el Capítulo VII; y residiendo la consideración de los principios generales de esta función en la Asamblea General (artículo 11.1), con la facultad de emitir recomendaciones en cuestiones concretas (artículo 11.2) siempre que no esté conociéndolas el Consejo de Seguridad, a no ser que este lo solicite (artículo 12.1). Pero, al margen de esta apreciación de naturaleza jurídica, entendemos que cualquier actuación de los órganos de la ONU en esta materia debe respetar escrupulosamente el diseño originario del sistema de las Naciones Unidas si se pretende la supervivencia de esta organización. En nuestra opinión, no debe olvidarse que la ONU es una alianza militar diseñada en la Segunda Guerra Mundial por las cinco potencias *aliadas* no solo para derrotar a sus enemigos sino también para sustituir posteriormente a la fracasada Sociedad de Naciones. Como tampoco que cualquier cambio en el equilibrio de poderes y en la impunidad de las mismas abocaría a un destino como el padecido por su organización universal precedente. Y consideramos que una comunidad internacional con una ONU imperfecta es mejor que sin ninguna organización universal y general o con una en la que no participen —como en el periodo de entreguerras— los países que violen pertinazmente los principios estructurales de nuestro ordenamiento internacional.

Y una cuarta consecuencia —por último— es la activación de la legítima defensa, que solo es posible, como expondremos a continuación en los supuestos de agresión, ya sea con un uso de la fuerza directo o indirecto, pero no en supuesto de usos menores de la fuerza, como ha declarado la CIJ en su jurisprudencia. Entre otras, en la Sentencia de 19 de diciembre de 2005 en el *asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo, República Democrática del Congo c. Uganda*, en la que considera que el entrenamiento o transporte de fuerzas irregulares por un tercer Estado o una simple incursión fronteriza no son violaciones graves que justifiquen la legítima defensa (párrs. 127 y 161-164). Confirmando, de esta forma, lo manifestado en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos* (1986) en el que también descartó el suministro de armas y un minado aislado (párr. 195).

4.2. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CONFLICTO DE UCRAINA

La prohibición general del uso de la fuerza tiene varias excepciones en el sistema establecido desde 1945 por las Naciones Unidas, concretamente tres, si descartamos la previsión del artículo 107 de la carta referida a los enemigos durante la Segunda Guerra Mundial, a las que ya hemos hecho referencia: el mecanismo de seguridad colectiva a cargo del Consejo de Seguridad, la lucha por la autodeterminación de los pueblos coloniales y la legítima defensa de los Estados. A las tres se ha hecho referencia por las partes beligerantes en el conflicto de Ucrania, las tres por Rusia —sin ningún fundamento— y la legítima defensa por la parte agredida.

En efecto, Rusia llegó a referirse unos días antes de la invasión en relación con las tropas que estaba desplegando en la frontera con Ucrania como *fuerzas de paz*, dando a entender que su finalidad era asegurar el mantenimiento de la seguridad en el Donbás conforme a los Acuerdos de Minsk. Por ello, en Declaración del 22 de febrero de 2022, el secretario general de la ONU, Antonio Guterres, precisó que «cuando las tropas de un país entran en el territorio de otro sin su consentimiento, no son fuerzas de paz imparciales. No son fuerzas de paz en absoluto»⁴⁸, distinguiendo rotundamente una iniciativa unilateral de un Estado tan solo aparentemente basada en un acuerdo internacional de paz de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de la ONU, amparadas en el Capítulo VII de la Carta, en el consentimiento de las partes implicadas y en una dilatada práctica internacional⁴⁹. Y tal y como hemos expuesto anteriormente, no existiendo derecho de autodeterminación al margen de los pueblos bajo dominación colonial, tampoco se puede reconocer el derecho a la lucha descolonizadora recogido en la Resolución 2625⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. Noticias ONU, 22/2/2022, en <https://news.un.org/es/story/2022/02/1504462>. En sesión del Consejo de Seguridad de 5 de abril de 2022 el representante permanente de Rusia en este órgano, Vasily Nebenzya, insistió que el objetivo de su país era «traer la tan esperada paz al sangrante Donbás. No una tregua, sino una verdadera paz duradera», lo que fue replicado por el secretario general describiendo la acción rusa como de «invasión en toda regla». Noticias ONU, 5/4/2022, <https://news.un.org/es/story/2022/04/1506752>.

⁴⁹ Sobre las características de las operaciones de cascos azules, ver, entre otros, Iglesias Velasco, A.J. (2003), *Las operaciones de mantenimiento de la paz: concepto, evolución histórica y características (1948-2002)*, Universidad Autónoma de Madrid, y Kondoch, B. (ed., 2017), *International Peacekeeping*, Routledge, Londres, especialmente el capítulo de Orakhelashvili, A., *The Legal Basis of the United Nations Peace-Keeping Operations*, pp. 45-84.

⁵⁰ Con precedentes en diversas resoluciones del Comité para la descolonización y de la Asamblea General sobre la cuestión de Rhodesia del Sur, y desarrollos inmediatos en otras generales sobre la descolonización, como, entre otras, la 2649 (XXV) de 30 de noviembre de 1970; ver Iglesias Buigues, J.L. (1971), *La prohibición general del recurso a la fuerza y*

De igual modo, Rusia ha alegado legítima defensa *preventiva* fundamentada en el riesgo para su seguridad nacional tanto por el programa de abastecimiento de armas de destrucción masiva que alega está realizando Ucrania como el anuncio de su ingreso en la OTAN.

En diferentes intervenciones en los debates del Consejo de Seguridad desde febrero de este año, la delegación rusa ha manifestado que sus operaciones en el país vecino están motivadas, entre otras razones, en un ejercicio de legítima defensa⁵¹ derivado del desarrollo conjunto en suelo ucraniano de un programa de armas químicas y biológicas con financiación y asistencia técnica de los Estados Unidos⁵². Sobre esta cuestión hay que señalar, en primer lugar, que ha sido desmentido, no solo por Ucrania y Estados Unidos, sino también los organismos especializados. Así, el director de la Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (ONUDA), Thomas Markram, reiteró el 13 de junio de 2022 ante el Consejo de Seguridad, como ya lo había hecho antes en dos ocasiones, que no se tiene conocimiento de ningún programa de este tipo⁵³. En cualquier caso, los tres Estados implicados en esta controversia son partes en la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción de 1972, que en su artículo V dispone que «los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a consultarse y a cooperar entre sí en la solución de los problemas que surjan en relación con el objetivo de la Convención o en la aplicación de sus disposiciones. Las consultas y la cooperación previstas en este artículo también podrán realizarse mediante procedimientos internacionales pertinentes en el ámbito de las Naciones Unidas y de conformidad con su Carta». Para ello, en su artículo VI prevé que podrá presentarse una denuncia al Consejo de Seguridad acompañada de todas las pruebas posibles

las resoluciones descolonizadoras de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 24, pp. 184 y ss; y Gorelick, R. E. (1979), Wars of national liberation: jus ad bellum, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 11, n.º 1, pp. 71-94. Igualmente, sobre esta excepción, Abi-Saab, B. (1987), Wars of national liberation and the laws of wars, en Snyders, E.A. y Sathirathal, S. (eds.), Third World attitudes towards International Law, Nijhoff, Dordrecht, pp. 125-140, y del mismo autor, más ampliamente, Abi-Saab, G. (1979), Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols, Recueil des Cours, vol. 165, n.º IV, pp. 353-445.

⁵¹ Noticias ONU, 28/2/2022, <https://news.un.org/es/story/2022/02/1504752>, y 18/3/2022, <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505872>.

⁵² El representante ruso denunció que se estaban llevando a cabo peligrosos proyectos biológicos de carácter militar de manera secreta en la frontera occidental con su país y que, incluso, en un denominado *Proyecto 3007*, investigadores ucranianos, asistidos por estadounidenses, recogen y analizan muestras de agua de los ríos de la cuenca sudoriental europea buscando patógenos, como la fiebre tifoidea, que podrían usarse para generar una catástrofe biológica en Rusia a través del Mar Negro y el Azov. *Ibidem*.

⁵³ Noticias ONU, 13/6/2022, <https://news.un.org/es/story/2022/05/1508742>.

que la sustancien, así como de una solicitud para que la examine el Consejo, que investigará los hechos e informará de los resultados de la investigación. En aplicación de estas previsiones se realizaron las encuestas a los organismos de la ONU y las sesiones informativas en el Consejo que han descartado la existencia de evidencias sobre esta acusación rusa. Y en segundo lugar, hay que destacar que el derecho internacional impone la solución de las controversias internacionales, entre otros, en el artículo 2.3 de la CNU conforme al cual «los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia». Lo que, unido al procedimiento expresamente previsto en la Convención de Ginebra de 1972 referida, cumplido en este caso, descarta el recurso a la fuerza armada por las partes para resolver esta controversia⁵⁴.

Además, la regulación internacional de la legítima defensa descarta la posibilidad de un ejercicio lícito preventivo. El artículo 51 de la CNU se refiere expresamente a que es un derecho *en caso de ataque armado*, lo que ha sido reiterado por la jurisprudencia de la CIJ en asuntos como *Nicaragua c. Estados Unidos* (1986, párr. 195) o *plataformas petrolíferas, Irán c. Estados Unidos* (2003, párr. 51) y por la doctrina mayoritaria⁵⁵. También ha sido aplicado de esta forma por el Consejo de Seguridad en diferentes situaciones, condenando el uso de la fuerza y rechazando su amparo en una legítima defensa, como en el ataque preventivo de Israel a sus vecinos árabes en la guerra de los Seis Días (Resolución 242 de 22 de noviembre de 1967) o el ataque israelí al reactor iraquí de Osirak (Resolución 487 de 19 de junio de 1981). Como exponen Gutiérrez Espada y Cervell Hortal, rechazando las doctrinas más flexibilizadoras en torno a la legítima defensa surgidas especialmente para fundamentar la operación Libertad Duradera (Afganistán, 2001-2014) y la intervención en Iraq de 2003, y en general la lucha internacional contra el terrorismo yihadista⁵⁶,

⁵⁴ Sobre unas situaciones similares, Regueiro Dubra, R. (2009), El recurso a la fuerza armada frente a la posesión de armas e infraestructuras nucleares, biológicas y químicas: los casos de Iraq, Irán y Corea del Norte, Amérigo Cuervo-Arango, F. y de Peñaranda Algar, J. (coords.). Dos décadas de posguerra fría: Actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad «General Gutiérrez Mellado», vol. 3, pp. 275-306. También, de la misma autora, R. Regueiro Dubra (2012), La legítima defensa en Derecho internacional, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, Madrid, pp. 385 y ss.

⁵⁵ Entre otros, Brownlie, I. (1963, rev. 2002), *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press.

⁵⁶ Sobre estos nuevos postulados favorables a la legítima defensa preventiva en la lucha contra el terrorismo, en sentido crítico, ver Cervell Hortal, M.J. (2017), La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 169 y ss., y bibliografía citada en p. 171.

la CIJ en su Sentencia de 19 de diciembre de 2005 en el *asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo, República Democrática del Congo c. Uganda*⁵⁷, «mantiene una concepción tan restrictiva como en su jurisprudencia anterior del derecho de legítima defensa: A) De una parte porque se muestra tan rigurosa como siempre en la comprobación, a fin de reconocer ese derecho, de todos los requisitos que en este se dan; y B) de otra porque, en nuestra opinión, la Corte, con renglones torcidos, ha escrito más derecho que nunca acerca de la legítima defensa preventiva»⁵⁸.

Esta consideración es aplicable a ese presunto almacenamiento de armas biológicas y también a la consideración por parte de Rusia de que el ingreso en la OTAN de Ucrania es una amenaza para su seguridad que justificaría la legítima defensa. En efecto, en los últimos años, y ante los diferentes intentos y propuestas de los gobiernos ucranianos de adherirse a la OTAN, el Gobierno de Moscú ha manifestado en diversas ocasiones su exigencia de «garantías jurídicas en materia de seguridad en Europa (garantías que, tal como las ha planteado Rusia, significan, de facto, el reconocimiento de una zona de influencia rusa)»⁵⁹, de tal modo que determinados países vecinos no puedan ingresar en la Alianza Atlántica o al menos tengan limitaciones —debidamente establecidas en tratados internacionales— para su rearme convencional y el despliegue de misiles que puedan amenazar a Rusia. En términos jurídicos estas pretensiones rusas suponen una notoria vulneración del principio de igualdad soberana consagrado en el artículo 2.1 de la CNU y carecen de fundamento —en lo que se refiere a un eventual despliegue de misiles nucleares— en la jurisprudencia de la CIJ en relación con el concepto de amenaza, como puso de manifiesto

⁵⁷ Ver Chinchón Álvarez, J. (2010), Nuevas oportunidades y viejos circunloquios de la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la legítima defensa (preventiva) en la historia de una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza que no quiso ser llamada agresión. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005 en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda), El poder de los jueces y el estado actual del derecho internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007), Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 419-450.

⁵⁸ Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M.J. (2006), La prohibición del uso de la fuerza en la Sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 (asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo República Democrática del Congo c. Uganda), en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, n.º 1, p. 246.

⁵⁹ López-Aranda, R. (2022), La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Ucrania y la pugna por el orden internacional, *Comentario Elcano X/201X*, Real Instituto Elcano, consultado el 22/6/2022 en <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2022/03/aranda-la-resolucion-de-la-asamblea-general-naciones-unidas-sobre-ucrania-y-la-pugna-por-el-orden-internacional-1.pdf>

en su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sobre *la legalidad de la amenaza o de la utilización de las armas nucleares*⁶⁰.

En cuanto a la legítima defensa de Ucrania, en sí mismo su derecho no plantea ningún problema jurídico por cuanto se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 51 de la CNU y también los establecidos por vía consuetudinaria⁶¹. En efecto, el artículo 51 establece que:

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

Se exige en este artículo, por tanto, que se produzca un ataque armado⁶², como se ha constatado en la invasión de Ucrania, y que se haga de forma provisional hasta que actúe el Consejo de Seguridad, condición que no se ha activado por el bloqueo en este órgano. Y en la jurisprudencia internacional que haya inmediatez, necesidad y proporcionalidad⁶³. La inmediatez es entendida como una respuesta no demorada en el tiempo a la agresión padecida⁶⁴, sin perjuicio del tiempo que sea necesario para prepararse para

⁶⁰ Greenwood, C. (1997), Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario, *Revista Internacional de La Cruz Roja*, vol. 22, n.º 139, pp. 69-80; y Carnerero Castilla, R., (1998), ¿Es contrario al derecho internacional el uso de las armas nucleares?, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º XXXI, pp. 315-340.

⁶¹ Shaw, M.N. (1997), *International Law*, Cambridge University Press, p. 787.

⁶² También se entiende que debe provenir de un Estado, en una interpretación lógico-sistemática de este precepto en combinación con el artículo 2.4 y con la Resolución 3314, como hizo la CIJ en la Opinión Consultiva de 13 de julio de 2004 sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado* en la que señala que «Israel no alega que los ataques dirigidos contra él sean imputables a un Estado extranjero». (párr. 139).

⁶³ Entre otras, en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos* (1986, párr. 176).

⁶⁴ Ver, sobre la amplia problemática sobre la inmediatez, la legítima defensa preventiva y la legítima defensa ante un ataque inminente, Gill, T.D. (2006), The temporal dimension of self-defence: anticipation, pre-emption, prevention and immediacy, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, n.º 3, pp. 361-369.

repelerla⁶⁵, y teniendo en cuenta «que la complejidad actual de este tipo de situaciones aconsejan una interpretación flexible del requisito de la inmediatez», como señala Cervell Hortal⁶⁶ haciendo referencia a la respuesta a los atentados de septiembre de 2001, en cualquier caso un ejemplo muy controvertido por la implicación de actores estatales y no estatales y por situarse más en el mantenimiento de la paz que en la legítima defensa⁶⁷. La necesidad requiere, por su parte, que la reacción defensiva repela directamente la acción ofensiva, aunque en muchas ocasiones es tan difícil de aplicar que podría impedirlo. Así, resulta claro que si una columna militar entra en el territorio de un Estado, las fuerzas armadas de este pueden combatirles para impedir su progreso y expulsarles; pero no es tan claro cuando la acción, en lugar de tener una cierta continuidad, es instantánea o muy rápida, pues obligaría a restringir la legítima defensa, por ejemplo, a la sola intercepción de un misil lanzado contra el territorio del Estado. En cualquier caso, este requisito está muy ligado al de la proporcionalidad⁶⁸, puesto que conforme a este debe usarse el grado, la intensidad y la clase de fuerza acorde con el ataque armado. En los casos concretos conocidos por la CIJ ha sido rotunda en su interpretación restrictiva de estos requisitos; así, en el asunto de las *plataformas petrolíferas, Irán c. Estados Unidos*

⁶⁵ Ver Vacas Fernández, F. (2005), El régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas, Marcial Pons, Madrid, p. 248.

⁶⁶ Cervell Hortal, M.J. (2017), *op. cit.*, p. 142.

⁶⁷ Las operaciones contra Al Qaeda en Afganistán y contra Daesh en Siria, entre otras acciones contra el terrorismo internacional con implantación territorial, han dado lugar a un amplio debate. Entre otros muchos, y destacando las posiciones de los países atacados por estas organizaciones terroristas, Estados Unidos y Francia, Alabrune, E. (2016), Fondements juridiques de l'intervention militaire française contre Daesh en Irak et en Syrie, RGDIP, vol. 120, n.º 1, pp. 41-50; Bothe, M. (2003), Terrorism and the legality of pre-emptive force, European Journal of International Law, vol. 24, n.º 2, pp. 227-240; Henriksen, A. (2014), Jus ad Bellum and american targeted use of force to fight terrorism around the world, Journal of Conflict and Security Law, 2014, pp. 1-40; y Murphy, S. (2002), Terrorism and the concept of armed attack in article 51 of the UN Charter, Harvard Journal of International Law, vol. 43, n.º 1, pp. 42-51. Y en nuestro entorno, entre otros, Bermejo García, R. (2001), El Derecho internacional frente al terrorismo: ¿nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre?, Anuario de Derecho Internacional, 2001, pp. 5-24; González Vega, J.A. (2001), Los atentados del 11 de septiembre, la Operación Libertad Duradera y el derecho de legítima defensa, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 53, pp. 247-272; Ramón Chornet, C. (2001), La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 53, n.º 1, pp. 273-288; y Salinas de Frías, A.M. (2016), Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los Estados, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 68, n.º 2, pp. 229-252.

⁶⁸ Ver Corten, O. (2007), La nécessité et el Jus ad Bellum, La nécessité en Droit International, Colloque de Grenoble, Société Française pour le Droit International, Pedone, Paris, pp. 127-150.

(2003) entendió que el ataque con un misil por Irán desde una de esas instalaciones a un petrolero justificaba exclusivamente el bombardeo por la fuerza aérea de Estados Unidos de la plataforma concreta desde la que se produjo y que el derribo de un Airbus civil y dos buques de guerra por Estados Unidos en la Operación Mantis Religiosa (1988) ni era necesaria para repeler el impacto en el *USS Samuel B. Roberts* de una mina a la deriva ni guardó ninguna proporcionalidad⁶⁹.

En el conflicto de Ucrania no hay, sin embargo, ningún posible cuestionamiento del cumplimiento de los requisitos de la legítima defensa tanto inherentes como establecidos en el artículo 51 de la CNU. El uso de la fuerza ejercido por Rusia de forma continuada desde finales de febrero de 2022 es una agresión, un ataque armado con los usos mayores y directos referidos en la definición de agresión de la Resolución 3314, como invasión, ocupación del territorio, enfrentamientos entre contingentes armados, bombardeos, etc. No es necesario, por tanto, analizar cuestiones susceptibles de controversia, como el control sobre las milicias prorrusas del Donbás, la dependencia de las entidades de Donetsk y Lugansk o el envío de mercenarios; tampoco si los combates diarios de las tropas ucranianas se corresponden con una legítima defensa, porque es evidente e incontestable en una situación de invasión del territorio de un Estado. No obstante, si se produjeran otro tipo de hechos, como ataques ucranianos a posiciones militares o instalaciones auxiliares en territorio ruso, por ejemplo, un ataque con drones a un aeropuerto militar o a un arsenal o un convoy de tropas o de suministros en Rusia, habría —con los criterios restrictivos que sostiene la jurisprudencia internacional— que evaluar su idoneidad.

Otra cuestión relacionada con la legítima defensa en este conflicto es el papel militar que están realizando los Estados amigos de Ucrania y en particular la UE. Puesto que no hay tratados bilaterales o multilaterales en los que se establezcan alianzas militares permanentes con este Estado ni tampoco es miembro de organizaciones internacionales que establezcan entre sus fines la legítima defensa de sus integrantes, no estamos ante los supuestos expresos de legítima defensa coyuntural o estructural, referidos en el artículo 51 de la CNU, unos, y regulados, otros, en su Capítulo VIII. No obstante, hay varias cuestiones relacionadas con las posturas de los países occidentales que merecen un somero análisis desde la perspectiva del régimen jurídico internacional del uso de la fuerza.

⁶⁹ Ver García Rico, E.M. (2003), La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo: ¿algo nuevo bajo el sol tras la sentencia de la CIJ sobre el asunto de las plataformas petrolíferas, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 55, n.º 2, pp. 819-838.

En primer lugar, si la ayuda prestada puede considerarse algún tipo de uso de la fuerza, cuestión que es claramente descartable puesto que el suministro de armas —por venta, arrendamiento o cesión gratuita— no supone un uso de la fuerza (menor e indirecto) conforme a la jurisprudencia citada de la CIJ. En relación con el adiestramiento (por ejemplo, de pilotos de la fuerza aérea) o el apoyo logístico (con la detección e información de los vuelos rusos) se trataría, en nuestra consideración según lo expuesto en la jurisprudencia de la CIJ, de usos menores de la fuerza. Y respecto de la previsión del artículo 3.g) de la Resolución 3314 de considerar uso mayor «el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios», el requisito a tener en cuenta para esa graduación es «en su nombre», que en la Resolución 2625 se amplía a «deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado». Cualquier otra acción relacionada con la presencia de *voluntarios* o mercenarios por parte de terceros Estados podrá ser un uso mayor o un uso menor dependiendo, a tenor de la jurisprudencia referida, de la prueba del control detallado o general, de tal modo que si no actúan en representación del Estado —por estar bajo su control— será un uso menor y si lo hacen será mayor. Se trata de cuestiones que afectan a la participación de los terceros Estados en el conflicto, y en su caso a la atribución de responsabilidad por las violaciones de las normas internacionales que puedan cometer, pero que no suponen necesariamente un ilícito internacional en sí mismas.

Efectivamente, en segundo lugar, habrá que determinar si esa ayuda es lícita. Respecto de la que no puede catalogarse como uso de la fuerza, no hay ninguna prohibición general de venta, arrendamiento o suministro gratuito de armas, ni tampoco en forma de tratado más allá de determinadas armas de destrucción masiva (y algunas convencionales) que los Estados se han prohibido. Aunque, sin duda, habría que analizar con detalle si se están cumpliendo los convenios *Conventional Forces in Europe* (CFE) de 1990 en materia de transferencia y de limitaciones de armamento convencional en el escenario europeo⁷⁰.

⁷⁰ Ver Wilcox, M.R. (2020), *The Treaty on Conventional Armed Forces in Europe and Russian foreign and security policy*, Kansas State University; Bolving, K. (2001), *The Adapted Treaty on Conventional Armed Forces in Europe-CFE: Considerations Concerning Baltic CFE-membership*, Dansk Udenrigspolitisk Institut; y Schulte, p. (2011), *The Precarious State of Flux of the Conventional Armed Forces in Europe Treaty (CFE)*, Carnegie Council, Nueva York.

Respecto de los que implican uso de la fuerza, hay que tener en cuenta dos consideraciones. Ucrania es libre de ejercer su legítima defensa y los demás Estados de ayudarle en su ejercicio porque no hay una decisión del Consejo ni que lo impida ni que limite —por ser provisional como dicta el artículo 51 de la CNU— dicho ejercicio. Cuestión muy distinta, por cierto, es respecto de los Estados que ayudan a Rusia, pues ellos están participando en una agresión, por tanto, en una violación de una norma imperativa, como Estados, y en un crimen internacional, sus responsables políticos y militares. Pero, sobre todo, hay que tener en cuenta que prestar ayuda a un país agredido es una obligación general, como ya hemos señalado, prescrita implícitamente en la Carta de las Naciones Unidas, puesto que establece un mecanismo colectivo de mantenimiento y restablecimiento de la paz, e impuesta expresamente en el artículo 41 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En este texto, de amplio valor consuetudinario, se indica como «consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo» (que hace referencia a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general) a que «los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40» y que «ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación». En consecuencia, no solo no es ilícita la ayuda de estos países a Ucrania, sino que es una obligación internacional.

Y por último, querríamos hacer un apunte sobre la UE desde la perspectiva de sus actuales EEMM y también considerando a Ucrania ya como candidato formal a la adhesión, junto con Moldavia, tras el Consejo Europeo de 24 de junio de 2022. La UE tiene funciones de *acuerdo regional* del Capítulo VIII de la CNU, puesto que en su artículo 42.7 TUE prevé que

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

Los compromisos y la cooperación en este ámbito seguirán ajustándose a los compromisos adquiridos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que seguirá siendo, para los Estados

miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta».

Esto implica que debe cooperar con el Consejo de Seguridad en la aplicación de las medidas y acciones de mantenimiento de la paz adoptadas conforme al Capítulo VII, incluidas las que implican uso de la fuerza derivadas de su artículo 42. Cooperación que tiene un largo recorrido en las misiones de la UE en el Continente europeo y especialmente en el africano, similares a las de los *cascos azules* de la ONU pero en su versión de cooperación regional. En cualquier caso, en despliegues consensuados con los gobiernos y con funciones que no implican el uso de la fuerza⁷¹. Pero nada impide, tenido en cuenta el debido cumplimiento de la integridad del Capítulo VIII interpretado de forma sistemática con el Capítulo VII, que inste el Consejo a la UE también a la realización de acciones coercitivas del artículo 42, siempre tenido en cuenta que la UE cuenta con un miembro permanente, con derecho de veto, que es Francia.

Y también establece un marco jurídico de legítima defensa colectiva entre sus socios. Esto es precisamente lo que se advierte constantemente a Rusia desde la invasión de Ucrania, pues, por un lado, su adhesión efectiva convertiría a este país en miembro de un mecanismo de legítima defensa colectiva y, por otro, traza unas líneas rojas en relación con la posibilidad de extender el conflicto a países vecinos, como Estonia, Letonia, Lituania o Polonia, que son miembros de la UE.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El conflicto de Ucrania nos permite analizar diversas instituciones del derecho internacional, como la creación y el reconocimiento de Estados, la solución pacífica de las controversias, la supervisión de los derechos humanos, la responsabilidad internacional por crímenes internacionales, etc. En este trabajo se han tratado algunas de estas cuestiones, pero en su relación con la principal estudiada que es el uso de la fuerza en el derecho internacional. Su régimen jurídico está construido en el marco del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, primeramente en su tratado constitutivo y posteriormente en la práctica del tridente constituido por

⁷¹ Ver Barceló, M. J. (2015), *Las misiones de paz de la Unión Europea: origen, desarrollo y procedimiento de creación y seguimiento. Las misiones de paz de la Unión europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y la CIJ. Pivota sobre su artículo 2.4 que establece la prohibición general de recurrir a la fuerza y se desarrolla en su Capítulo VII —con la función de mantenimiento y restablecimiento de la paz en caso de violación— y en su artículo 51 y su Capítulo VIII, con la excepción reservada unilateral o colectivamente a los Estados conocida como legítima defensa.

La invasión por parte de Rusia iniciada en febrero de 2022, con los antecedentes determinantes de la anexión de Crimea y del inicio de la secesión de Donetsk y Lugansk en 2014, ha mostrado este régimen jurídico en toda su extensión y sus problemáticas teóricas y prácticas. Las alegaciones rusas para eludir su responsabilidad internacional carecen de fundamento. Sus intentos de acogerse a las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico chocan con una concepción rigurosa de las normas internacionales al respecto, pues no existe la legítima defensa de carácter preventivo, no se reconoce el derecho de libre determinación de las minorías étnicas —ni siquiera en supuestos de secesión-remedio por violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos— y no hay un derecho de intervención humanitaria al margen de las decisiones colectivas del Consejo de Seguridad para proteger a poblaciones o comunidades en peligro.

Desde la perspectiva ucraniana, podemos distinguir diferentes usos de la fuerza y, entre ellos, claramente la agresión por parte de Rusia, lo que activa su derecho a ejercer la legítima defensa, dentro de los requisitos que impone el derecho internacional consuetudinario y las prescripciones del artículo 51 de la CNU, sin que se plantee —en esta fase del conflicto que se desarrolla íntegramente en territorio de Ucrania— ningún problema particular en relación con la inmediatez, la necesidad y la proporcionalidad, y tampoco con la perpetración previa de ataque armado de un Estado, la comunicación al Consejo de Seguridad y la provisionalidad hasta que este actúe. Asimismo, el comportamiento de ayuda al agredido por otros países, entre ellos los miembros de la UE, tampoco es problemático, si bien es necesario asumir las consecuencias jurídicas que genera.

Para finalizar, retomamos las últimas reflexiones en torno a la prevista adhesión de Ucrania y otros Estados en la UE. Este ingreso en una organización que dispone de un mecanismo de legítima defensa colectiva parece no preocupar excesivamente a Rusia. Desde luego le da menos importancia que en el caso de la OTAN, quizás por una percepción más amenazante de las capacidades del gran socio atlántico, Estados Unidos, quizás por la tendencia de Europa occidental a permanecer desunida ante las crisis internacionales por su disparidad de intereses. Sin duda también habrán tenido en cuenta la experiencia que tiene la UE en materia de adhesión de

Estados con territorios ocupados por terceros, como es el caso de Chipre, que ingresó en 2004 teniendo el norte de la isla bajo control realmente de Turquía por medio de su entidad *de facto* de la RTNC. Este es un supuesto en el que la agresión anterior (operación Atila en 1974) no ha activado con la adhesión treinta años después el mecanismo de legítima defensa, cuando una de las grandes razones de ese ingreso fue precisamente —al menos eso se decía entonces— su contribución a la solución (pacífica) de este conflicto. Por cierto, Moldavia también ha sido aceptada como candidata a la adhesión y también cuenta con un territorio cercenado por una entidad *de facto* (Transnistria) protegida por Rusia. Y Georgia, que se ha quedado a las puertas, tiene las de Abjazia y Osetia del Sur. Quizás los Estados miembros de la UE deberían plantearse cuál es realmente el alcance de su función defensiva, prevista convencionalmente, y asegurar su coherencia con sus objetivos estratégicos, pues al enclave ruso (lícito) de Kaliningrado se añadirían a corto o medio plazo otros cuatro ilícitos, los últimos tres citados y los territorios que mantenga, directa o indirectamente, en Ucrania tras esta guerra.

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DESPLAZADOS DESDE UCRANIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA*

Clara Isabel Cordero Álvarez**

Resumen

La crisis en Ucrania genera relevantes cuestiones jurídico privadas respecto de la población desplazada a la Unión Europea. Asimismo, desde el punto de vista propio del derecho público surgen las cuestiones típicamente vinculadas con el derecho extranjería, y en cuyo contexto surge la posibilidad de legitimar ese desplazamiento a través de la protección temporal de la Directiva 2001/55/CE, sin cambiar su residencia habitual. La aproximación de la cuestión desde el punto de vista del derecho internacional privado, en lo que respecta a las relaciones privadas internacionales vinculadas con los menores desplazados, constituye el objeto principal de estudio. El criterio del estado de residencia resulta esencial no solo para la delimitación normativa sino también en las soluciones previstas en los instrumentos. Las circunstancias particulares de cada caso exigen un análisis individualizado para determinar las soluciones aplicables, con

* Esta contribución se enmarca en el Proyecto Aspectos internacionales en la protección de las personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género. Proyecto internacional otorgado por la Secretaría de investigación de la Universidad SIGLO 21 de Córdoba (Argentina).

** Profesora contratada doctor de Derecho internacional privado en Universidad Complutense de Madrid (clara.cordero@der.ucm.es)

significativas diferencias en los eventuales resultados en función del instrumento que resulte finalmente aplicable.

Palabras Clave: Ucrania, menores, derecho internacional privado, Unión Europea.

Abstract

The crisis in Ukraine generates relevant private legal questions regarding the population displaced to the European Union. Likewise, from the point of view of public law, issues typically linked to immigration law arise, and in which context the possibility of legitimizing this displacement through the temporary protection of Directive 2001/55/EC arises, without changing its habitual residence. The approximation of the issue from the point of view of private international law, regarding international private relations linked to displaced minors, constitutes the main object of study. The criterion of the state of residence is essential not only for the normative delimitation but also in the solutions provided for in the instruments. The circumstances of each case require an individualized analysis to determine the applicable solutions, with significant differences in the possible results depending on the instrument finally applicable.

Key words: Ukraine, minors, Private international law (PIL), European Union.

Sumario

1. Planteamiento. 2. La Directiva 2001/55/CE como fundamento de la acogida en la UE de las personas desplazadas por la guerra. 2.1. Características y ámbito de aplicación al caso 2.2. Mecanismos de protección temporal. 3. Marco jurídico del derecho internacional privado europeo de familia en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores: 3.1. Características y delimitación de los instrumentos aplicables; 3.2. Dónde litigar: entre el Reglamento Bruselas II bis/ter y el Convenio de la Haya de 1996: A) La residencia habitual del menor con criterio de base, B) La ubicación de los menores desplazados como criterio de conexión alternativo; 3) Localización de la ley material aplicable a las acciones entabladas; 4) Reconocimiento y ejecución de las medidas o resoluciones sobre los menores desplazados, 4. Secuestro de los menores desplazados: del Reglamento Bruselas II bis/ ter al Convenio de la Haya de 1980 y la concreción de la residencia habitual como presupuesto de aplicación. 5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

La intervención militar de Rusia en Ucrania, país vecino y antiguo miembro de la Unión Soviética, más allá de plantear más que significativas cuestiones de derecho internacional público sobre soberanía e integridad territorial de los Estados en la Comunidad internacional, del uso de la fuerza o incluso del derecho humanitario bélico, genera relevantes cuestiones en relación con la población que se ve forzosamente desplazada por el conflicto que deben abordarse desde una doble perspectiva jurídica. Por un lado, desde el punto de vista propio del derecho público surgen las cuestiones típicamente vinculadas con la extranjería, siendo que esta población desplazada puede pedir asilo y la condición de refugiados para *legalizar* su estancia en el país de acogida¹ —como cualesquiera otra persona no nacional del Estado de recepción o acogida si concurren determinadas circunstancias respecto de su país de origen²—, o pedir una protección temporal como la articulada en el derecho de la Unión para supuestos como el de referencia a través de la Directiva 2001/55/CE. Por otro lado, se hace necesario una aproximación de la problemática desde la óptica del derecho internacional privado, ya que nos encontramos ante relaciones privadas internacionales que deben reglamentarse, esto es, relaciones entre particulares con elemento de extranjería, conectadas con más de un país, al tratarse de personas desplazadas a Europa/España desde Ucrania, a las que debe darse solución por las autoridades competentes en función del ordenamiento jurídico aplicable (la cuestión aquí es qué autoridad/es son las competentes y cuál será ese ordenamiento jurídico de referencia). Es particularmente desde esta última perspectiva, la *ius privatista*, en la que se va a centrar el presente trabajo.

Este estudio pretende dar luz a las eventuales incógnitas sobre la situación de los menores ucranianos —acompañado o no— que se encuentran en el territorio de la Unión Europea como consecuencia de esta grave crisis

¹ La condición de apátridas en este concreto supuesto parece que no resulta probable, toda vez que estos casos obedecen típicamente a supuestos en los que los sujetos esconden su nacionalidad para evitar la devolución al Estado de origen al no concurrir ninguna de las otras figuras a las que puedan acogerse para asegurar su permanencia en el Estado de acogida/llegada. De manera que sobre los extranjeros que no cumplen con los requisitos legales para su permanencia se procede a la devolución al país de origen, de forma automática si es mayor de edad, pero si es menor no se devuelve al país de origen si no se prueba que allí van a tener protección debida.

² A estos efectos, puede verse la normativa española sobre el particular, donde se concretan las condiciones requeridas para conceder tal estatus a extranjeros en nuestro territorio. España (2009). Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Boletín Oficial del Estado, de 31 de octubre, n.º 263.

humanitaria. A estos efectos van a referirse los principales instrumentos europeos (y textos convencionales multilaterales) de derecho internacional privado que en materia de persona y familia pueden articularse como respuesta a las distintas cuestiones jurídicas que surjan en torno a estas personas desplazadas cuando se ubiquen en el territorio de cualquier Estado miembro, incluyendo España. En particular, el análisis se concreta en los instrumentos que darán respuesta a las cuestiones de competencia judicial internacional (dónde litigar o solicitar la adopción de medidas o resoluciones de protección relativas a estas personas), los que operan en la localización del derecho rector aplicable al fondo (para resolver sobre dichas medidas o acciones solicitadas) y, en su caso, aquellos necesarios para determinar cuál será el régimen de reconocimiento (procedimiento o ausencia de este y causas de denegación del mismo) de las resoluciones y medidas adoptadas para conseguir su eficacia extraterritorial fuera de la jurisdicción de la autoridad de adopción (incluyendo aquellas preexistentes adoptadas en el territorio de origen del menor: Ucrania).

La complejidad de los supuestos que pueden plantearse puede elevarse cuando el elemento subjetivo se concrete en menores que hayan sido separados de sus progenitores y del resto de miembros de su familia, bien porque aquellos aún permanecen en Ucrania, bien porque han conseguido el estatus de refugiado en otro Estado miembro distinto del de ubicación física del menor/es³. Como punto de partida, y en primer lugar, se hace necesario referir —y analizar de manera sucinta— la normativa de base europea que ha permitido articular la acogida (temporal y sin perder su residencia habitual en el Estado de origen) dentro de la Unión Europea de todas estas personas, concretamente mediante el recurso a la protección temporal que la Directiva 2001/55/CE prevé para supuestos como el que nos ocupa —dejando al margen las vías ordinarias previstas en la normativa europea e internacional reguladora de la entrada y establecimiento de

³ Este supuesto no resulta ajeno y no solo en este contexto excepcional de movimientos migratorios masivos por la invasión de Ucrania, sino dentro del marco de otros mecanismos de protección internacional de la unidad familiar previstos en la normativa europea para nacionales de terceros países. Así, la reciente jurisprudencia del TJUE aborda precisamente la posibilidad de estas circunstancias (aunque en el ámbito de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar) estableciendo que no puede declararse inadmisibles una solicitud de protección internacional presentada por un menor (de entrada y residencia en un Estado miembro con fines de reagrupación familiar) por el hecho de que sus padres ya hayan obtenido tal protección en otro Estado miembro, en interpretación del art. 16.1.º letra a) de la Directiva. *Vid.* STJUE de 01/08/2022, *Bundesrepublik Deutschland (Enfant de réfugiés, né hors de l'État d'accueil)*, as. C-720/20, ECLI:EU:C:2022:603

extranjeros de terceros países en el territorio (Ruíz Sutil, 2022)⁴ que puede conllevar el cambio de país de residencia habitual de los menores concernidos (Imbroda Ortiz y Ruiz Sutil, 2019)⁵—.

2. LA DIRECTIVA 2001/55/CE COMO FUNDAMENTO DE LA ACOGIDA EN LA UE DE LAS PERSONAS DESPLAZADAS POR LA GUERRA

2.1. CARACTERÍSTICAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN AL CASO

Como consecuencia de la intervención militar e invasión rusa en territorio ucraniano, por primera vez en la historia reciente —ya que no se activó esta posibilidad ni si quiera en el caso Sirio⁶ (Mangas Martín, 2015-2016: 45), lo que supuso significativas críticas por parte de la doctrina (Porrás Ramírez, 2020), incluso según Borja Gonzalo refiriendo en este sentido la posibilidad de constatar la existencia de migrantes refugiados de primera y de segunda (2017: p. 49)—, el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, el 4 de marzo de 2022 declaró la existencia de una afluencia masiva de personas desde Ucrania como consecuencia del conflicto armado iniciado el 24 de febrero de 2022. Tal Declaración perseguía activar la protección temporal de la Directiva 2001/55/CE⁷ asegurando la acogida de las personas que se veían forzadas a salir de Ucrania sobre el principio de solidaridad comunitaria entre los Estados miembros. La relevancia de esta declaración se manifiesta por cuanto que se trata de la primera vez que se aplica este régimen en favor de personas que llegan a la Unión Europea huyendo de un conflicto bélico (pese a que no es la

⁴ En particular, en relación con el marco jurídico aplicable en materia de extranjería a los menores y sus madres en supuestos de migración por peligro físico y psíquico.

⁵ En lo que respecta específicamente al régimen jurídico aplicable a cualesquiera nacionales extranjeros en nuestro territorio.

⁶ Así no se activó la protección temporal cuando se produjo la afluencia masiva de población siria en abril de 2015 a la UE que huía de la guerra (se calcula que de más de un millón trescientas mil personas), pues los Estados miembros se negaron a aplicar la Directiva 2001/55/CE, pese a la evidente urgencia de la situación.

⁷ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. *DO L 71 de 4.3.2022, pp. 1-6* (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.071.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2022%3A071%3ATOC).

primera vez que se ha planteado esta posibilidad ante las autoridades europeas como así pasó con la crisis humanitaria por el conflicto en Siria). La activación de la Directiva, que fue transpuesta en España en el año 2003⁸ (Arenas Hidalgo, 2006: 361-384), ha exigido la adopción de medidas legales y administrativas en nuestro país con el fin de acoger con urgencia a los desplazados de Ucrania. De forma breve en este trabajo se va a exponer el marco jurídico del régimen de protección temporal establecido en la Directiva 2001/55/CE, con referencia ocasional a la implementación operada en nuestro país del instrumento europeo. Se deja fuera, por no entrar dentro del ámbito del objeto de estudio, el análisis de las medidas que se han adoptado en la Unión Europea y en España para acoger a las personas que huyen de la guerra de Ucrania en cumplimiento de este marco jurídico (Azcárraga Monzonis, 2022: 77-116).

De las disposiciones generales de la Directiva se derivan los objetivos y marco de actuación del instrumento europeo. El artículo primero establece cuál es el objeto de la norma: «tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida». Dos cuestiones fundamentales se deducen de este precepto.

El primer lugar, la Directiva parece que persigue un doble objetivo: por un lado, establecer el marco para la concesión de protección temporal de población desplazada y, por otro, promover el equilibrio o la solidaridad entre los Estados miembros en la acogida de las personas beneficiarias de esta protección. Así, la Directiva no solo establece el marco jurídico para este estatuto cualificado —de personas desplazadas con protección temporal— dentro de la Unión, sino la distribución de manera equilibrada entre los Estados miembros de la carga asistencial que supone su aplicación.

La segunda cuestión que destacar es que la Directiva establece un régimen de mínimos que puede ser ampliado o mejorado por los Estados miembros —ahondando más en esta aproximación, el artículo 3.5 señala que «se entenderá sin perjuicio de la prerrogativa de los Estados miembros

⁸ Mediante Real Decreto. España (2003). Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Boletín Oficial del Estado, 25 de octubre, n.º 256. Esta norma consta de 26 artículos y un anexo que establece un modelo de salvoconducto para el traslado de personas en régimen de protección temporal a otro Estado miembro (siguiendo el modelo de la Directiva).

de establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal»—.

El ámbito de aplicación de la Directiva, y por ende del régimen jurídico en ella previsto, exige un análisis conceptual previo para su determinación. De esta suerte, en la medida que el régimen de protección (temporal) previsto en la Directiva se articula para supuestos de «afluencia masiva de personas desplazadas», se hace necesario delimitar este concepto. Este término se recoge en el instrumento como un concepto jurídico indeterminado de forma consciente⁹ (Arenas Hidalgo, 2006: 365) en su artículo 2.d), indicando que se refiere a la llegada al territorio comunitario de un «número importante» de personas procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, ya hayan llegado por su cuenta o bien con ayuda (por ejemplo, en virtud de un programa de evacuación). Según el artículo 2.c) se consideran «personas desplazadas» si se dan dos requisitos acumulativos. En primer lugar, debe tratarse de nacionales de un tercer país o de apátridas que hayan tenido que abandonar su país o región de origen (o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales) y cuyo regreso sea imposible en condiciones seguras y duraderas debido a la situación existente en ese país. En segundo lugar, se requiere que puedan entrar eventualmente dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de Ginebra¹⁰ u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional. El mismo precepto concreta a quiénes se está refiriendo este estatuto en particular: i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente, ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos¹¹.

⁹ Se trata de una decisión consciente, ya que los Estados miembros se negaron a cuantificar este concepto, ni de forma objetiva (estableciendo un número concreto de desplazados para diferenciarlos de los solicitantes de asilo) ni subjetiva (atendiendo a la capacidad y los recursos del país afectado).

¹⁰ España (1978) Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Boletín Oficial del Estado, 21 de octubre, n.º 252, pp. 24310-24328.

¹¹ En términos similares se concreta esta categoría de personas en la legislación española. Así, en el artículo 2 del Reglamento concreta esta categoría como aquellas personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente o las que hayan estado (o estén) en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos.

2.2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN TEMPORAL

Una vez analizado en ámbito personal y material del instrumento europeo, que condiciona y delimita el alcance y aplicación del marco jurídico regulatorio previsto, corresponde analizar cómo se articula esa protección temporal para personas desplazadas cubiertas. Es el capítulo II de la Directiva la que regula la declaración y duración de la protección temporal. De conformidad con el artículo 5, para que se active la protección temporal es necesario que se constate la afluencia masiva de personas en una decisión del Consejo de la UE adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, la cual examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo a estos efectos. Este precepto establece el contenido mínimo de dicha propuesta: una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal, la fecha en que surtirá efecto y una estimación de la magnitud de los movimientos de personas desplazadas. En este sentido, también se establecen los aspectos que, como mínimo, deberá incluir la decisión del Consejo¹².

Ahora bien, quizá lo más relevante de esta norma es que establece los criterios sobre los cuales el Consejo debe basar su decisión. Así, el Consejo deberá valorar el examen de la situación y la magnitud de los movimientos de personas desplazadas, la conveniencia de establecer la protección temporal —teniendo en cuenta las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones *in situ* o su insuficiencia— y la información comunicada por los Estados miembros, la Comisión, el ACNUR y otras organizaciones internacionales que trabajen en este ámbito (artículo 5 numeral 4.º). La adopción de la decisión conlleva la protección temporal de las personas afectadas (beneficiadas) en los términos definidos en el artículo 2.a) de la Directiva.

El carácter temporal de la protección se deriva necesariamente de la naturaleza excepcional del procedimiento, siendo que se garantiza una protección inmediata por un periodo de tiempo concreto. Este procedimiento excepcional, tal y como está concebido —siguiendo el tenor del propio texto normativo—, se prevé especialmente para los casos en los que el sistema de asilo de los Estados miembros corre el riesgo de colapsar ante un importante flujo de personas, ya que no se podría gestionar sin que perjudicara a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de otras personas extranjeras que también pudieran estar interesadas en soli-

¹² Véase art. 5 numeral 3 de la Directiva.

citar protección internacional (art. 2.a de la Directiva). Consecuentemente, este régimen es una alternativa excepcional para aquellas personas que podrían ser beneficiarias de protección internacional en la UE¹³ (dejando al margen aquellas que queden excluidas de este régimen de acuerdo con el artículo 28 de la Directiva), pero a las que no se las puede asistir a través del procedimiento ordinario ante la imposibilidad de gestionar debidamente su llegada y permanencia de conformidad con aquel, debido al elevado número de personas que concurren al mismo tiempo¹⁴.

De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva la duración inicial de la protección es de un año, prorrogable automáticamente por dos periodos de seis meses, pudiendo extenderse hasta otro año más si persisten los motivos para la protección temporal y se dan las condiciones recogidas en el apartado 2 del artículo. Así, para extender la protección hasta ese tercer año se requiere una nueva decisión del Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, la cual de nuevo estudiará las solicitudes de los Estados miembros de que presente la propuesta al Consejo (de conformidad con el art. 6). Durante la vigencia de la protección (que como se ha referido puede extenderse hasta un máximo de tres años), y en cualquier momento (art. 17), los beneficiarios de esta pueden solicitar asilo en el Estado miembro correspondiente¹⁵ —según Azcárraga Monzonis, entendido en un sentido amplio, es decir, de protección internacional incluyendo protección subsidiaria (2022: 86)—.

Es necesario referir las obligaciones —al menos las más relevantes— que para los Estados miembros se generan en el momento en que se pone en funcionamiento esta protección, en la medida que alguna de ellas condicionan el carácter de autoridad eventualmente competente para adoptar las medidas y resoluciones de protección sobre los menores de conformidad con los instrumentos de derecho internacional privado que van a analizarse.

Los artículos 8 y siguientes de la Directiva concretan el conjunto de obligaciones de los Estados miembros hacia los beneficiarios del régimen

¹³ De conformidad con el Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (conocido como Reglamento Dublín III), por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. OJ L 180, 29.6.2013, pp. 31-59.

¹⁴ Esta aproximación del régimen regulado se reafirma en los considerandos del instrumento. *Vid.* Considerandos 2 y 13.

¹⁵ El procedimiento de asilo durante la vigencia de la protección se recoge en el Capítulo IV de la Directiva. En particular, esta opción del beneficiado se recoge en el artículo 17 que se completa con la norma potestativa del artículo 19, que deja a la consideración de los Estados miembros la posibilidad —o no— de que los solicitantes de asilo beneficiarios de protección temporal puedan acumular beneficios.

extraordinario de protección temporal previsto; de entre todas ellas cabe destacar algunas.

Así, en primer lugar, el artículo 8, apartados 1 y 3, indica que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que los beneficiarios dispongan de permisos de residencia durante todo el periodo de protección temporal, así como todas las facilidades para que puedan obtener los visados necesarios, los cuales deberían ser gratuitos o de coste reducido al mínimo, incluidos los de tránsito. Asimismo, el artículo 12 obliga a que se autorice a los beneficiarios a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en virtud de las normas aplicables a cada profesión, pero permitiendo que los Estados miembros den prioridad a los ciudadanos de la Unión y a los ciudadanos de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como a los residentes legales con nacionalidad de terceros países que reciban subsidios de desempleo.

Por otro lado, el artículo 13 determina que los Estados miembros garantizarán que los beneficiarios tengan acceso a un alojamiento adecuado o reciban, en su caso, los medios de obtenerlo, que reciban ayuda social y alimentación cuando no dispongan de recursos suficientes, así como atención médica. A mayor abundamiento, este precepto establece (en su numeral 4.º) que los Estados miembros deberán, además, atender con carácter especial a las necesidades particulares de las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual, así como de los menores no acompañados (lo que supone adopción de medidas concretas de protección que pueden afectar al ámbito del derecho privado internacional siendo, en consecuencia, necesario determinar la autoridad competente para la adopción de tales medidas y el ordenamiento jurídico aplicable para determinar cuáles y su alcance). De hecho, la eventual protección de los menores no acompañados que se regula de forma más amplia en el artículo 16, afecta a cuestiones en las que habrá que recurrir a los distintos instrumentos —europeos y convencionales— de derecho internacional privado, en la medida que se refieren a cuestiones típicas del derecho de familia y menores de esta área de conocimiento; tales como son medidas relativas a su representación, cuidado y alojamiento, así como al derecho a ser oído según su edad y grado de madurez. El artículo 14 exige además que se permita a los menores de dieciocho años acceder al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida, si bien pudiendo limitar este derecho al sistema de enseñanza pública.

Tratamiento específico tienen las obligaciones vinculadas a los supuestos de reagrupación familiar de los desplazados en régimen de protección

temporal. Así, en el artículo 15 se garantiza que las familias constituidas en los países de origen que se hayan tenido que separar debido a las circunstancias que rodean al desplazamiento masivo puedan reagruparse en el mismo Estado miembro. En este sentido se diferencian dos supuestos o situaciones en función de si los miembros de la familia se encuentran en diferentes Estados miembros disfrutando de protección temporal¹⁶ o bien sea la persona reagrupante la que se encuentre en algún Estado miembro con ese estatuto mientras algunos miembros de su familia todavía se encuentran fuera del territorio de la UE¹⁷ (típicamente en Ucrania, en el asunto que nos atañe). El concepto de familia en este contexto resulta esencial, en la medida que de ello depende el carácter obligatorio o potestativo de las medidas a adoptar por los Estados miembros para garantizar la eventual reagrupación.

La obligación de reagrupación alcanza, en los dos supuestos, a los Estados miembros en relación con las personas que encajan en el concepto restringido de familia —del reagrupante— que se deduce de la enumeración taxativa de las personas recogidas en la letra a) del apartado 1 del artículo 15: el cónyuge del reagrupante o su pareja de hecho (con la que tenga una *relación duradera*, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere a estas parejas como análogas a las casadas en su propia normativa de extranjería) y de los hijos menores solteros del reagrupante o de la pareja de hecho, sin que pueda haber discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Ahora bien, para el caso de los miembros de la familia descritos en la letra b) del apartado 1, esto es, otros parientes cercanos que estuviesen conviviendo como parte de la unidad familiar en el momento de producirse los acontecimientos que dieron lugar a la afluencia masiva, y que fueran total o parcialmente dependientes del reagrupante en dicho momento, la Directiva establece que la decisión de la reagrupación es potestativa para los Estados miembros teniendo en cuenta las dificultades extremas a las que se enfrentarían si no se procediese a la reagrupación.

En cualquier caso, ya sea por una u otra vía, se les proporcionará la autorización de residencia necesaria para poder permanecer de forma regular en el Estado miembro en el que finalmente se reagrupen.

Por último, se referirá de manera sucinta el régimen de finalización de la protección temporal y las medidas subsiguientes previsto en la Directiva, por cuanto que supone, salvo la articulación de otra institución

¹⁶ *Vid.* artículo 15 numeral 2 de la Directiva.

¹⁷ *Vid.* artículo 15 numeral 3 de la Directiva.

de protección internacional para nacionales extranjeros, que se extingue el estatus que legitima su ubicación dentro de la Unión Europea con las consecuencias que eso conlleva.

El artículo 6 establece las (dos) condiciones cuya concurrencia alternativa supone que se ponga fin a la protección temporal por afluencia masiva de personas. El primer supuesto se refiere al transcurso del plazo previsto para la protección, esto es, la protección finaliza cuando se haya llegado al término del plazo máximo de duración previsto para el caso de referencia. El segundo caso supone la conclusión de la protección, en cualquier momento, mediante la aprobación de una decisión del Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, para lo cual —al igual que se prevé para el inicio del procedimiento— se examinará cualquier solicitud de Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo a estos efectos. En lo que respecta a este último supuesto, según el artículo 6 apartado 2, para adoptar esta decisión el Consejo deberá comprobar que la situación en el país de origen permite el regreso seguro y de forma duradera de las personas a las que se otorgó la protección temporal, respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución.

Tras constatarse la finalización de la protección temporal, la Directiva regula —si bien básicamente mediante la localización del ordenamiento jurídico nacional aplicable a esa reglamentación— el regreso y las medidas subsiguientes para los *ex ante* beneficiados en los artículos 20 y siguientes.

El artículo 20 establece que una vez finalizada la protección temporal se aplicará el derecho general en materia de protección y de extranjería de los Estados miembros —delegando de esta manera el marco jurídico posterior en las legislaciones nacionales de los países europeos—. De esta suerte, no se cuenta con un marco común, aún de mínimos, para los momentos posteriores a la finalización de la protección temporal. No obstante, la remisión operada por la Directiva se realiza sin perjuicio de lo establecido en los artículos 21 a 23 que se refieren al regreso al país de origen, el primero de carácter voluntario y el segundo forzoso. En ambos casos se exige que se garanticen dentro del respeto a la dignidad humana, pero en el segundo supuesto —regreso forzoso— además que se examinen las *razones humanitarias imperiosas* que puedan hacer el regreso *imposible o poco realista* en casos concretos. Es posible, no obstante, la permanencia en los Estados miembros, tras la finalización de la protección temporal, ante situaciones excepcionales que imposibiliten viajar de regreso al país de origen. Se trata de supuestos tasados descritos en el artículo 23: por motivos médicos (hasta que finalice la situación de riesgo), o bien por tener hijos menores

escolarizados en un Estado miembro, en cuyo caso se podrá autorizar la residencia a sus familias hasta que finalicen el periodo escolar en curso.

La concreción del marco jurídico aplicable tras la financiación de la protección temporal por desplazamiento masivo de personas resulta relevante —a los efectos del objeto de estudio—, por cuanto que determina la ubicación de los sujetos en uno u otro Estado, condicionando los instrumentos de derecho internacional privado aplicables para resolver las cuestiones vinculadas con sus relaciones jurídico privadas con elemento extranjero.

Finalmente, en los capítulos VI y VII, la Directiva reglamenta la cuestión de la solidaridad entre los Estados miembros y la cooperación administrativa en el marco de este procedimiento excepcional y temporal —para la gestión de estas crisis humanitarias y la cooperación administrativa entre los Estados para la correcta organización de la acogida de las personas necesitadas de dicha protección—¹⁸. Dado que esta cuestión se escapa del objeto concreto del presente estudio, no se realizará un análisis de los preceptos concernidos así como de su aplicación, más allá de su mera referencia (Azcárraga Monzonis, 2022: 89-90).

3. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO DE FAMILIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES:

Una vez establecido el fundamento normativo en el que se justifica la ubicación física dentro de la UE —en principio, de carácter excepcional y temporal, salvo concesiones de asilo y/o protección internacional subsidiaria concedidas por los Estados miembros— de los desplazados por la invasión de Ucrania, corresponde concretar ahora el marco jurídico aplicable en el ámbito del derecho internacional privado —de familia— para reglamentar las cuestiones vinculadas con las relaciones privadas internacionales de los sujetos desplazados, en particular, los menores de edad como sujetos vulnerables.

Como premisa, debe indicarse que en la generalidad de los instrumentos normativos de derecho privado europeo e internacional que garantizan la salvaguarda de estos menores, se cuenta con disposiciones especiales de protección y asistencia a aquellos menores privados temporal o

¹⁸ Junto con los Anexos I y II para la gestión entre Estados miembros.

permanentemente de su entorno familiar, especialmente en situaciones de emergencia, como es la situación de crisis humanitaria derivada del conflicto armado entre Rusia y Ucrania.

En los siguientes apartados se dará una visión global de los principales instrumentos de derecho internacional privado aplicables a las distintas cuestiones que, en relación con las personas desplazadas de interés, puedan surgir y deben resolverse por los Estados miembros de acogida, en general, pero con especial referencia a las soluciones que deben darse por las autoridades españolas. La estructura del trabajo en el análisis de los textos normativos sigue la sistemática de las cuestiones vinculadas al contenido clásico del derecho internacional privado, esto es, resolver los problemas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y adopción de medidas de protección de menores, de localización del derecho o ley aplicable al fondo y, finalmente, de reconocimiento y ejecución o eficacia extraterritorial de las medidas o resoluciones adoptadas por las autoridades nacionales de un Estado miembro en otro Estado miembro (o terceros países, en su caso).

Se deja al margen del presente estudio, el análisis de los instrumentos reguladores de cuestiones típicamente vinculadas con litigios transfronterizos en materia de familia, como es el caso por ejemplo de las acciones sobre alimentos entre familiares¹⁹, por exceder el objeto propio del trabajo. El examen de los instrumentos aplicables se centrará en la solución de las cuestiones de derecho internacional privado vinculadas a la responsabilidad parental en sentido amplio, es decir, incluyendo todas las medidas de protección de menores tanto sobre su persona como sus bienes. También,

¹⁹ Materia para la que resulta aplicable el conocido como Reglamento Bruselas III dentro de la UE, incluidas las autoridades danesas a excepción del Capítulo III sobre ley aplicable (que comprende solo el art. 15) y el relativo a la cooperación entre autoridades (Capítulo VII). Unión europea (2009). Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Diario Oficial de la Unión Europea, 10 de enero, n.º 7, pp. 1-79. Este instrumento unifica las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución en litigios en materia de obligaciones de alimentos entre familiares (incluyendo pensiones compensatorias entre excónyuges), no así en lo que se refiere al derecho aplicable, ya que si bien el instrumento también se refiere a esta cuestión, se limita en este sentido a remitir a otro/s instrumento/s internacional (el Protocolo de la Haya de 2007, sobre ley aplicable a obligaciones alimenticias, suscrito por la UE el 8-IV-2010 por lo que vincula a todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca, referido expresamente en el precepto), por lo que en realidad esta cuestión no se regula directamente. Unión Europea (2009). Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Diario Oficial de la Unión Europea, 16 de diciembre, n.º 331, pp. 17-23.

aunque en menor medida, se hará referencia a la cuestión de la eventual sustracción internacional de los menores ucranianos en el contexto de estos desplazamientos masivos dentro de la UE.

3.1. CARACTERÍSTICAS Y DELIMITACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS APLICABLES

Con carácter previo, antes de entrar en particular en el análisis de los instrumentos institucionales y convencionales aplicables en el ámbito material delimitado por el objeto de estudio, cabe referir que la implicación de derechos fundamentales en este contexto (y en general en el derecho de familia transfronterizo) incidirá en la reglamentación de estas situaciones, en la medida que el Estado miembro de recepción de los menores sea Estado firmante de convenios internacionales sobre derechos humanos (incluidos, y en particular, aquellos textos referidos a los derechos de los niños). Así pues, las obligaciones internacionales asumidas por el que resulte como Estado del foro —mediante la adscripción a textos internacionales sobre derechos fundamentales— condicionarán la resolución que deba darse a los eventuales litigios transfronterizos en materia de familia/menores desplazados ucranianos²⁰.

Específicamente en materia de menores, cabe destacar algunos de los textos internacionales más relevantes, como es el Convenio de Nueva York de 1989 sobre derechos del niño²¹ y el Convenio de La Haya de 1993

²⁰ Estas obligaciones internacionales vinculan a los operadores jurídicos no solo en los supuestos transfronterizos en los que estén implicados menores sino también en litigios domésticos en la medida que se refieran o impliquen de alguna manera a aquellos. Así, resulta esencial la referencia al criterio del interés superior del menor como condicionante axiológico e interpretativo de toda la normativa reguladora de este colectivo. En este sentido, a modo de ejemplo puede verse la Observación general N.º 14 del Comité de derechos del niño de Naciones Unidas (CRC) de 2013, en cuyo artículo 3, párrafo 1, se establece el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en los siguientes términos: «El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño». ONU: Comité de los derechos del niño (CRC), Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 mayo 2013, CRC /C/GC/14, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> [acceso el 22 agosto 2022].

²¹ España (1990). Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre, n.º 313, pp. 38897-38904.

sobre protección de menores y cooperación adopciones internacionales²². En general, entre los más importantes textos sobre derechos y libertades humanas que vinculan a los Estados miembros se encuentra el Convenio Europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); resultando esencial en este tipo de litigios el derecho a la intimidad personal y familiar de los menores que se encuentra reconocido en ambos textos (respectivamente, en sus artículos 8²³ y 7).

Dentro del derecho europeo en materia de familia —en sentido amplio, lo que incluye matrimonio, crisis matrimonial, alimentos y responsabilidad parental— encontramos no solo reglamentos (incluyendo instrumentos de cooperación reforzada) sino también convenios e instrumentos internacionales suscritos por la UE (de la Conferencia de La Haya principalmente).

Por lo que respecta propiamente al derecho institucional europeo, esto es, los reglamentos adoptados en materia de derecho internacional privado de familia, estos son de aplicación prioritaria y directa²⁴ para todos los Estados miembros (salvo para aquellos Estados miembros que cuenten con cláusula de exclusión voluntaria en este sentido²⁵, y que hayan hecho ejercicio de esta prerrogativa: en general, solo ejercitada por Dinamarca).

²² España (1995). Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Boletín Oficial del Estado, 1 de agosto, n.º 182, pp. 23447-23454.

²³ En este contexto, la doctrina del TEDH en la interpretación extensiva de los derechos a la intimidad personal y familiar del menor del art. 8 del CEDH, resulta esencial. En este sentido, entre otras, puede referirse la conocida STEDH de 3 de mayo de 2011, *Negreponitis-Giannisis c. Grecia* (C-56759/08). En particular, en relación con España como Estado signatario vinculado, en un asunto de una menor y una madre refugiadas saharauis, en el que se analiza el cumplimiento de los deberes que la ley interna impone a la autoridades nacionales españolas, con la suficiente diligencia para adoptar medidas que garanticen y faciliten el mantenimiento de la vida familiar entre la madre y su hija, condenando a España por incumplimiento del art. 8 del CEDH. *Vid.* STEDH de 24 de mayo de 2011 en asunto *Saleck Bardi c. España*, iniciado por demanda N.º 66167/09.

²⁴ Dejando al margen, obviamente, los instrumentos de cooperación reforzada que en este ámbito concurren.

²⁵ También conocido como *opting out*, que supone que determinados Estados miembros de la Unión Europea cuentan con lo que se conocen como exclusiones, que garantiza que cuando un Estado miembro no desee participar en un ámbito particular de la política de la UE pueda quedarse al margen e impedir un bloqueo general. En este ámbito, se trata de aquellos Estados miembros que tengan reconocida esta cláusula de exclusión en relación con la política de Espacio de libertad, seguridad y justicia, esto es, Dinamarca e Irlanda (si bien este último puede optar por participar en determinadas iniciativas si lo desea). En consecuencia, Dinamarca, salvo acuerdo expreso con la UE respecto de la norma institucional europea concreta, no queda vinculado por estos Reglamentos o cualesquiera otros instrumentos adoptados en este contexto —incluso para quedar vinculado por la adhesión

La opción de la reglamentación de esta materia a través de esta técnica legislativa supone una evidente ventaja, por cuanto que conlleva la unificación de esta regulación en todo el espacio europeo. Ahora bien, ha de recordarse que estos instrumentos europeos tienen un limitado alcance material, con reglamentación parcial dejando fuera cuestiones esenciales en este ámbito. De esta suerte, se constata la existencia de exclusiones significativas en el ámbito de Derecho de familia, como es por ejemplo todo lo relativo a la filiación, los derechos económicos para el cónyuge superviviente, o el derecho aplicable a la nulidad matrimonial —y en general todo el derecho conflictual para localizar el derecho sustantivo para las cuestiones vinculadas a persona y familia, como serían las medidas de protección sobre menores desplazados—. Consecuentemente, para resolver los problemas de derecho internacional privado vinculados a las cuestiones excluidas es necesario acudir a normas convencionales, si es que existen en la materia en concreto y han sido suscritas por el Estado miembro del foro —o resultan vinculados por adhesión de la propia UE para aquellos Estados que no cuenten con cláusula de exclusión—, y solo en su defecto, resultarán de aplicación las normas de fuente interna (o normas autónomas) del Estado del foro.

En términos generales, los instrumentos europeos que van a analizarse unifican dentro de la UE las normas sobre competencia judicial internacional y de reconocimiento y/o ejecución de decisiones extranjeras: procedimiento —o usencia de este—, requisitos y causas de denegación comunes. Ahora bien, en lo que respecta al sector sobre determinación de derecho aplicable —normas conflictuales— a las cuestiones de familia/menores, nos encontramos o bien con normas de conflicto recogidas en instrumentos europeos de cooperación reforzada (solo aplicable para los Estados miembros que voluntariamente se han adherido a dicho instrumento) o bien se limitan a remitir la cuestión a otro instrumento internacional, generalmente, como ya se ha indicado, a algún Convenio o Protocolo de la Conferencia de La Haya.

Desde el punto de vista convencional el instrumento fundamental aplicable en estos casos será el Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante, Convenio de La Haya de 1996)²⁶. Este instrumento

de la UE a convenios internacionales en el ámbito del derecho internacional privado—, es decir, a todo aquello adoptado por la UE con base competencial en el art. 81 del TFUE.

²⁶ España (2010). Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. Boletín Oficial del Estado, 2 de diciembre, n.º 291, pp. 99837-99868.

sustituye al Convenio de La Haya de 1961²⁷ para los Estados signatarios de ambos instrumentos, como es el caso de España. Además, este instrumento es compatible con el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores así como al restablecimiento de dicha custodia en caso de sustracción (en adelante, Convenio de Luxemburgo de 1980)²⁸, de aplicación muy residual por los Estados miembros signatarios por el carácter prioritario de los instrumentos institucionales europeos aplicables en esta materia y sus condiciones materiales para su aplicación (Marín López, 1983-1984: 211-226).

Como se ha indicado anteriormente, la aplicación de este Convenio dentro de la UE (a excepción de Dinamarca²⁹) se circunscribe solo en caso de que no resultara operativo el Reglamento Bruselas II *bis/ter*³⁰ (en función de la fecha de las acciones) para todos los Estados miembros en lo que respecta a las normas de competencia judicial internacional y reconocimiento, siendo en todo caso aplicable en cuanto a las normas de conflicto en él contenidas (para concretar el derecho material aplicable a las medidas de protección de los menores) en la medida que no es cuestión regulada por el Reglamento.

3.2. DÓNDE LITIGAR: ENTRE EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS/TER Y EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996

El instrumento fundamental en el que habría que buscar la competencia judicial internacional para la adopción de cualesquiera medidas de protección respecto de los menores desplazados por las autoridades de cualquier Estado miembro de acogida —a excepción del Dinamarca—, es el denominado Reglamento Bruselas II *ter* (Reglamento n.º 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental,

²⁷ España (1987). Instrumento de ratificación en España del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores. Boletín Oficial del Estado, 20 de agosto, n.º 199, pp. 25764-25767.

²⁸ España (1984). Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Boletín Oficial del Estado, 1 septiembre, n.º 210, pp. 25291-25295.

²⁹ Para Dinamarca se aplica el Convenio de La Haya de 1996 en toda su extensión ya que Dinamarca no vinculada ni por el Reglamento Bruselas II *bis* ni *ter*.

³⁰ *Vid infra* Apartado III. 2.

y sobre la sustracción internacional de menores, versión refundida³¹), de aplicación a partir del 1 de agosto de 2022³² con significativas novedades (Herranz Ballesteros, 2021). Este instrumento viene a sustituir al Reglamento Bruselas II *bis*³³ a partir de esa fecha, por lo que en función de los plazos estaremos hablando de uno u otro instrumento lo que, como se verá, puede conducir a diferentes resultados³⁴, en el particular, en cuanto a la concreción de las autoridades competentes para la adopción de las medidas interesadas por las modificaciones introducidas en el texto refundido. Ambos textos unifican las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o documentos públicos extranjeros adoptados sobre crisis matrimonial (separación, divorcio y nulidad, si bien solo acciones relativas a los efectos personales de la crisis) y de responsabilidad parental (siendo un concepto amplio que incluye cualesquiera medidas de protección de la persona, incluido el establecimiento de tutela o acogida del menor y/o de sus bienes); además se recoge el procedimiento de restitución de menores en casos de sustracción cuando se desplaza de un Estado miembro a otro Estado miembro parte del Reglamento.

Antes de entrar al análisis concreto de los preceptos aplicables y las nuevas cuestiones que, en este contexto, el texto refundido del Reglamento Bruselas II *ter* plantea respecto de la solución de la eventual competencia de los tribunales de los Estados miembros, por la situación física de los refugiados/desplazados, para la adopción de las medidas necesarias de protección de los menores desplazados (incluidas cuestiones de ejercicio de responsabilidad parental en su caso, como sería la eventual atribución de la custodia y derecho de visita respecto de los menores en relación con los progenitores, familiares o autoridades), se hará referencia brevemente

³¹ Unión Europea (2019). Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE-L-2019-81122). Boletín Oficial del Estado, 2 de julio, n.º 178, pp. 1-115.

³² El Reglamento 2019/1111 se aplicará a los procedimientos incoados (demandas), a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha (art. 100).

³³ Unión Europea (2003). Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000. Diario Oficial de la Unión Europea, 23 de diciembre de 2003, n.º 338, pp. 1-29.

³⁴ Incluso la necesidad de recurrir a otros instrumentos internacionales por caer fuera del ámbito espacial de aplicación del reglamento.

al ámbito de aplicación personal, material y espacial necesario para que operen estos instrumentos³⁵.

En primer lugar, el concepto de menor resulta esencial para determinar el cumplimiento del ámbito personal del instrumento de referencia. El Reglamento Bruselas II *bis* no define qué se entiende por menores a los efectos de su aplicación, lo que supone que habrá que determinar la ley aplicable a esta cuestión según el tribunal del foro —vinculada con la capacidad³⁶ para saber si es o no menor y, por tanto, si se cumple con el ámbito personal, siendo que como regla general son los 18 años cuando se alcanza la mayoría de edad dentro de la UE—.

Esta cuestión se solventa expresamente en el texto refundido del reglamento, al establecer que al igual que el Convenio de La Haya de 1996³⁷, debe aplicarse a todos los menores de 18 años³⁸, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo en casos de emancipación por matrimonio³⁹, en lo que respecta a su aplicación en relación con todas las cuestiones cubiertas y vinculadas con la responsabilidad parental (art. 1.1.b y 1.2). Ahora bien, para los supuestos de sustracción internacional (Capítulo III del Reglamento Bruselas II *ter*) el régimen previsto solo será aplicable a menores de hasta 16 años para adecuarlo al Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁴⁰ (en adelante, Convenio de La Haya de 1980)⁴¹.

³⁵ Dejando al margen el ámbito temporal que ya ha sido referido en relación con el Reglamento Bruselas II *ter*.

³⁶ La ley personal o de la nacionalidad del menor desplazado si el país de acogida fuera España, de conformidad con el artículo 9.1 del Código Civil. España (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio, n.º 206. Boletín Oficial del Estado (BOE-A-1889-4763).

³⁷ El Convenio de La Haya de 1996 lo delimita expresamente en su ámbito de aplicación en su artículo 2: *El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años*.

³⁸ De tal manera que desde los 18 años en adelante, resultará de aplicación el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos (para aquellos Estados miembros también signatarios de este instrumento convencional, entre los que no se encuentra España por ahora: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=71> última consulta 2.09.2022); de esta forma se coordinan y se evita lagunas entre los dos instrumentos.

³⁹ *Vid.* Considerando 17 y artículo 2 numeral 6 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁴⁰ En la medida que el Capítulo III del Reglamento Bruselas II *ter* complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros.

⁴¹ España (1987). Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Boletín Oficial del Estado, 24 de agosto, n.º 202, pp. 26099-26105.

El Reglamento Bruselas II *ter* mantiene el mismo ámbito material de aplicación que su predecesor en este ámbito. De esta suerte, resulta de aplicación a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental (art. 1.1 letra b). En particular, estas materias podrán incluir: el derecho de custodia y visita; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes (art. 1.2). De igual modo que en la versión precedente, se recoge expresamente en el ya vigente Reglamento Bruselas II *ter* el concepto de responsabilidad parental (manteniendo el mismo tenor literal y articulado que en la anterior versión). Así, se entiende por responsabilidad parental a los efectos del instrumento los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor; el término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita (art. 2.7).

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1996 como instrumento alternativo al que pueden acudir los Estados miembros⁴² para fundamentar su competencia judicial internacional (básicamente por el Estado de ubicación del menor pero no exclusivamente, como se verá), se aparta en cierta forma de la aproximación general y omnicomprensiva de los reglamentos respecto de su ámbito material, diferenciando los supuestos según los sectores normativos —si bien, cubriendo las mismas acciones que lo previsto en las normas institucionales—. Así, este texto convencional en el sector de derecho aplicable (Capítulo III) distingue entre las medidas de

⁴² Directamente para el caso de Dinamarca. La totalidad de los actuales Estados miembros de la UE son contratantes del Convenio de La Haya de 1996 bien de origen o tras autorización institucional (dada la competencia exclusiva externa de la UE en este ámbito), con base en la Decisión 2003/93/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (DO L 48 de 21.2.2003, pp. 1-2) y posterior acto conexo: Decisión 2008/431/CE del Consejo, de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del derecho comunitario (DO L 151 de 11.6.2008, pp. 36-48).

protección de los menores (de su persona y bienes) de la atribución/pérdida y/o ejercicio de la responsabilidad parental en sentido estricto⁴³ —aunque a través de las medidas pudiera privarse de la responsabilidad parental o modificarse su ejercicio⁴⁴—, recogiendo distintas reglas conflictuales en cada caso⁴⁵ —si bien, como regla general, en todos los supuestos es la residencia habitual del menor el punto de conexión de partida—.

Ahora bien, hecha esta distinción en el sector del derecho aplicable —lo que no está regulado en el Reglamento Bruselas II *bis/ter*—, el ámbito material de aplicación de ambos instrumentos coincide y por tanto resultan potencialmente aplicables en los mismos casos, por los Estados miembros, para concretar los tribunales competentes (con distinto resultado) así como el régimen y condiciones de reconocimiento y ejecución —y causas de denegación—, siendo en este ámbito donde la diferencia entre ambas normas es más significativo (en particular, respecto del Reglamento Bruselas II *ter*, por el que se ha eliminado el exequátur para todos los supuestos)⁴⁶.

A) La residencia habitual del menor con criterio de base

Visto que el ámbito material y personal de aplicación del reglamento (Reglamento Bruselas II *bis-ter*) y del Convenio de La Haya de 1996 coinciden, será el ámbito espacial el criterio esencial para concretar cuál de estos instrumentos resultarán de aplicación por los Estados miembros en este tipo de casos para concretar su competencia judicial internacional —así como para el ámbito del reconocimiento al ser los dos campos en los que se produce el solapamiento—. Siendo que resulta esencial delimitar las relaciones entre ambos instrumentos por las diferencias regulatorias entre ambos, el legislador europeo en la actualización del Reglamento Bruselas II *bis* recoge de forma más extensa y concreta esta cuestión (Campuzano Díaz, 2020), dedicando un artículo específico a tales efectos: el artículo 97 del Reglamento de 2019.

Es principalmente la residencia habitual⁴⁷ del menor el criterio que opera para delimitar la aplicación normativa, siendo que generalmente si

⁴³ Como así se desprende del tenor literal del instrumento cuando indica su ámbito de aplicación material y la definición de responsabilidad parental a tales efectos (art. 1.1 y 1.2 Convenio de La Haya de 1996).

⁴⁴ *Vid.* art. 18 Convenio de La Haya de 1996

⁴⁵ *Vid.* arts. 15 a 17 del Convenio de La Haya de 1996.

⁴⁶ *Vid. infra* Apartado III.4.

⁴⁷ La residencia habitual es un concepto jurídico no determinado, de naturaleza fáctica cuya integración resulta particularmente esencial en este ámbito. En este sentido, la nutrida jurisprudencia del TJUE dictada en relación con la interpretación y el alcance del RBII *bis*

el menor reside en un Estado miembro vinculado por el reglamento que también es parte del convenio, prevalece el derecho comunitario, por lo que la competencia debería buscarse y fundamentarse en el reglamento⁴⁸. Ahora bien, la residencia habitual no solo determina el ámbito espacial de estos instrumentos sino que también constituye en ambos casos la base de la competencia general para conocer de las acciones cubiertas referidas a menores, por lo que el concepto de residencia habitual resulta determinante. En este sentido, se manifiesta el artículo 8 del Reglamento Bruselas II *bis*, precepto que opera como piedra angular para la atribución de la competencia entre los Estados miembros en materia de menores —si bien con ciertas excepciones que permiten transferir la competencia a otra jurisdicción distinta de la residencia habitual del menor en el momento del ejercicio de la acción, aunque limitadas a supuestos concretos y siempre condicionadas a la concurrencia de circunstancias y requisitos específicos que en los supuestos que nos ocupan raramente se verificarían⁴⁹—. En términos similares, el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1996 establece como regla general que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado signatario de la residencia habitual del niño son las competentes para adoptar las medidas para la protección de la persona o de bienes del menor (medidas por las que se pueden incluso privar de la responsabilidad parental o modificar su ejercicio), igualmente previendo excepciones tasadas (vinculadas al *fórum conveniens* y la conexidad con litigios sobre crisis matrimonial de los titulares de la responsabilidad parental).

Dada la más que evidente importancia del criterio residencia habitual en la delimitación y operatividad de los instrumentos potencialmente aplicables en este contexto, la concreción de este en cada caso será determinante. De esta suerte, la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de la UE en torno al concepto de residencia habitual del menor a la luz de los principios de proximidad e interés superior del menor, en relación con la interpretación y alcance del Reglamento Bruselas II *bis*, resulta aplicable respecto del nuevo instrumento (Espinosa Calabuig, 2022: 120-132).

resulta extrapolable al nuevo instrumento. Cabe destacar la reciente STJUE (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022, *OE / VY*, As. C-522/2020 (ECLI:EU:C:2022:87), donde se aborda los criterios de residencia habitual y nacionalidad en el Reglamento Bruselas II *bis* como base de la competencia.

⁴⁸ Así se desprende del art. 61 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*, del artículo 97 del Reglamento Bruselas II *ter* en relación con el artículo 52, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1996.

⁴⁹ Como son los supuestos de prórroga de competencia para modificación del derecho de visitas del art. 9, o por conexidad con causas sobre crisis matrimonial del 12.1, el *fórum conveniens* del art. 12.3 y el *fórum non conveniens* del 15.

El nuevo y ya aplicable Reglamento Bruselas II *ter* amplía el espectro de jurisdicciones competentes, en relación con su predecesor, sobre la base del criterio de proximidad como salvaguarda del interés superior del menor⁵⁰, partiendo de la competencia el Estado miembro de residencia habitual de menor (art. 7), pero con ciertas excepciones: algunas ya previstas en la anterior versión —como por ejemplo la prórroga de competencia para la modificación del derecho de visitas cuando se produce un cambio de residencia del menor del art. 8— pero también nuevas como en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

Alejándose de la sistemática anterior, el nuevo instrumento deja entrar la autonomía jurisdiccional de las partes —aunque limitada— para que puedan acordar los tribunales competente en favor de ciertas jurisdicciones de Estados miembros que o bien estén estrechamente vinculadas (art. 10 apartado 1 letra a) o bien cuando así lo acuerden o consientan expresamente las partes o titulares de la responsabilidad parental (art. 10 apartado 1 letra b, incisos i y ii), siempre y cuando el ejercicio de esa competencia responda al interés superior del menor. La competencia de los tribunales otorgada sobre la base del acuerdo o aceptación del artículo 10 será exclusiva, por lo que en caso de litispendencia prevalecerá en todo caso dicha jurisdicción respecto de cualquier otro Estado miembro competente con base en otro precepto del reglamento⁵¹.

No solo la residencia habitual del menor (o en su caso ubicación física del mismo si aquella no pudiera establecerse) puede determinar la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 en lugar del vigente Reglamento Bruselas II *ter* y su predecesor —por ejemplo, el típico caso de cambio lícito de residencia habitual del menor de un Estado miembro a otro Estado contratante del Convenio de La Haya de 1996 pero no vinculado por el reglamento, que supondría la aplicación del convenio⁵²—; sino que hay otros supuestos en los que las normas de competencia del texto convencional prevalecerán sobre los instrumentos europeos. En el nuevo reglamento se articula expresamente y de forma más clara otros supuestos en los que se

⁵⁰ *Vid.* Considerando 20 Reglamento Bruselas II *ter*.

⁵¹ *Vid.* art. 20 apartados 4 y 5 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁵² En este sentido, puede verse STJUE de 14 de julio de 2022, Asunto C-572/20 (ECLI:EU:C:2022:562), sobre el alcance del art. 8.1 y 61 letra a del Reglamento Bruselas II *bis*, en un supuesto de traslado lícito, durante el procedimiento, de la residencia habitual de un menor desde un Estado miembro de la Unión Europea a un tercer Estado parte del Convenio de La Haya de 1996, supone que no se conserva la competencia con base en el art. 8 del Reglamento (no hay perpetuación de la jurisdicción) sino que la competencia le corresponde a los tribunales del tercer Estado de nueva residencia del menor del convenio con base en dicho instrumento (art. 5.1 del Convenio).

cede paso al texto convencional incluso si el menor sigue residiendo en un Estado miembro de la UE⁵³.

Así, el artículo 97 enumera los casos en los que pese a que se dé la regla general de prevalencia del reglamento será de aplicación el convenio.

En primer lugar, cuando las partes hayan convenido o acordado la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el reglamento, en cuyo caso la competencia se fundamentará en el artículo 10 de dicho convenio⁵⁴.

Por otro lado, cuando se transfiera la competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 —mejor situado y en interés superior del menor— no vinculado por el reglamento, en cuyo caso se aplicarán los artículos 8 y 9 del convenio.

El último supuesto previsto en este artículo se circunscribe a la solución de los eventuales problemas de litispendencia —o acciones dependientes— que puedan plantearse entre Estados miembros y Estados exclusivamente contratantes del convenio, esto es, cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho convenio.

B) La ubicación de los menores desplazados como criterio de conexión alternativo

Partiendo de que la residencia habitual del menor es el criterio fundamental para determinar no solo el instrumento aplicable (condicionando

⁵³ La coordinación del Reglamento Bruselas II *bis* y el Convenio de La Haya de 1996 era un problema significativo que resultaba complicado para los Estados vinculados por estos dos instrumentos internacionales ha resultado difícil, en particular en lo que respecta a las normas de competencia judicial internacional. Precisamente uno de los objetivos del nuevo reglamento ha sido solventar este problema mediante la previsión de un nuevo párrafo en el precepto dedicado a regular las relaciones con el Convenio de La Haya del 96 (*ex ante* art. 61 del Reglamento Bruselas II *bis*, ahora art. 97 del Reglamento Bruselas II *ter*).

⁵⁴ Si se dan las condiciones acumulativas exigidas: que uno de los padres resida habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tenga la responsabilidad parental respecto al niño, y que la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño (siendo este el presupuesto necesario para que pueda aplicarse este precepto en lugar del Reglamento), si esta competencia responde al interés superior del niño (art. 10 apartado 1, letras a y b del Convenio de La Haya de 1996).

esencialmente su ámbito espacial), sino para concretar la jurisdicción nacional —y territorial— con competencia general, para los supuestos objeto de estudio: menores desplazados, la realidad de las circunstancias que imperan exige necesariamente que este criterio se adapte.

En el caso de menores desplazados su verdadera residencia habitual se encuentra en el país del que han tenido que huir (Ucrania en nuestro caso), por lo que el criterio general ha de flexibilizarse a todos los efectos. Como ya se anticipó en el planteamiento del trabajo, en todos instrumentos potencialmente aplicables se prevé solución expresa para estos supuestos concretos: Estado miembro/contratante de ubicación física del menor, si bien, con distintas condiciones y correlativas consecuencias prácticas. En particular, la mayor distancia en la regulación de esta cuestión, no obstante, la encontramos entre el nuevo Reglamento Bruselas II *ter* y su predecesor, que resulta más restrictivo con muy relevantes consecuencias prácticas en cuanto a su aplicación —que va a suponer su no operatividad a favor del Convenio de La Haya de 1996 en el mejor de los casos—.

Tanto en el Reglamento Bruselas II *bis* como su sucesor parte de la premisa de que cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda fundamentarse la competencia sobre la base de alguno de los preceptos del instrumento (del artículo 12 para el Reglamento Bruselas II *bis* o sobre la base de un acuerdo de elección de foro del artículo 10 en el texto refundido), serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente físicamente el menor, lo que es expresamente aplicable para los supuestos de menores refugiados y desplazados internacionalmente⁵⁵ —la misma solución está prevista en el Convenio de La Haya de 1996⁵⁶—.

Ahora bien, para estos casos concretos, en el artículo 11 del texto refundido se especifica que la aplicación de esta norma de competencia de la presencia física del menor se limita a los supuestos en los que el Estado de origen de los menores refugiados o desplazados internacionalmente sea un Estado miembro de la UE —especificación restrictiva de aplicabilidad intracomunitaria que no se encuentra recogida en el Reglamento Bruselas II *bis*—. De esta suerte, a partir del 1 de agosto de 2022, en caso de que la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estuviera en un tercer Estado —fuera de la UE— deberá aplicarse por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de recepción la norma de competencia

⁵⁵ *Vid.* considerando 20 y artículo 11 del Reglamento Bruselas II *ter*, y artículo 13 del Reglamento Bruselas II *bis*.

⁵⁶ *Vid.* art. 6 del Convenio de La Haya 1996.

relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados contenida en el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1996 para la adopción de cualesquiera medidas para su protección⁵⁷ (sobre su persona o bienes en sentido amplio, como se ha referido⁵⁸). Esta misma aproximación no restrictiva es la recogida por el ya desplazado Reglamento Bruselas II *bis* en su artículo 13; por tanto, esta regla ha sido la base competencial hasta la referida fecha para la adopción de las medidas de protección de los menores ucranianos acogidos en los distintos Estados miembros.

Si bien es cierto que el momento de mayor flujo de desplazados por motivo de la guerra en Ucrania ha coincidido con la vigencia del Reglamento Bruselas II *bis*, también lo es que a partir de ahora el Estado de origen de residencia habitual de los menores refugiados o desplazados —vengan de Ucrania o de cualquier otra parte del mundo en conflicto— determinará la aplicación del Reglamento refundido o el Convenio de la Haya por las autoridades de los Estados miembro de recepción.

Es posible que el Estado miembro de la UE —o contratante del convenio— de ubicación física del menor refugiado o desplazado no sea el mejor posicionado para conocer del asunto, en particular cuando se trata de menores no acompañados, y en los instrumentos de referencia podría encontrarse la solución. Tanto el texto convencional —en los ya referidos artículos 8 y 9—, así como el Reglamento de 2019 en su artículo 15, contemplan la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto (*fórum conveniens*), pudiéndose plantear su aplicación en este ámbito concreto.

En este sentido, a modo de ejemplo, el artículo 15 del reglamento podría aplicarse a la protección de un menor procedente de Ucrania que llega a la Unión Europea no acompañado, en la medida que la autoridad competente del Estado miembro de recepción tenga conocimiento de que el menor tuviera familiares en otro Estado miembro/contratante. De esta forma, el primer Estado miembro puede solicitar que se le remita el asunto si el menor tiene un vínculo particular con el segundo Estado miembro, siempre bajo el principio imperativo del interés superior del menor —en los términos expresados en el artículo—.

La aplicación de los preceptos del Convenio de La Haya de 1996 (artículos 8 y 9) vendrá determinado cuando la jurisdicción mejor posicionada corresponda a un Estado exclusivamente vinculado con el convenio

⁵⁷ Ya que el convenio no establece requisito o condición alguna sobre el Estado de residencia de origen de los menores para su aplicación (art. 6.1). En términos similares se manifestaba el art. 13 del Reglamento Bruselas II *bis*, de aplicación hasta el 1 de agosto del 2022.

⁵⁸ En los términos del art. 5 del Convenio de La Haya de 1996.

y no con el reglamento (en el ejemplo anterior, cuando los familiares estuvieran ubicados en Dinamarca o en un tercer Estado contratante del instrumento convencional)⁵⁹.

Con todo, así las cosas, teniendo en cuenta que la protección temporal de estos menores puede extenderse en el tiempo (de conformidad con la Directiva 2001 y demás normativa de protección internacional ya referida), según se desarrolle el conflicto bélico en territorio ucraniano, cabe la posibilidad que los Estados miembros puedan ser en un futuro considerados como eventual residencia habitual de los menores refugiados/desplazados a los efectos de los instrumentos internacionales aplicables. Para el caso de que un menor ucraniano desplazado pueda en algún momento tener residencia habitual en territorio de la Unión durante algún tiempo, resultarán de aplicación general las normas de competencia previstas en el reglamento salvo aquellos supuestos ya referidos en los que resulta de aplicación el Convenio de La Haya de 1996⁶⁰.

3.3. LOCALIZACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL FONDO: CUESTIONES DE DERECHO APLICABLE

Una vez que se concreta la jurisdicción nacional cuyas las autoridades ostentan la competencia para la adopción de las eventuales medidas de protección de los menores ucranianos desplazados, corresponde al foro competente localizar el derecho sustantivo o material aplicable al fondo de la cuestión. El instrumento fundamental para la protección de los menores en general —supuestos con elemento extranjero— y, en particular, para el caso que nos ocupa —incluyendo posibles menores no acompañados, menores migrantes separados o menores solicitantes de asilo— es el referido Convenio de La Haya de 1996. Este texto es aplicable por todos los Estados miembros de la Unión de forma plena en lo que respecta a este aspecto: las soluciones conflictuales en él contenidas, en la medida que no existe instrumento europeo institucional que reglamente estas cuestiones.

Como se indicó al abordar el ámbito material de aplicación de los instrumentos que configuran el marco jurídico objeto de estudio, son distintas las normas o soluciones conflictuales las que este convenio prevé para las diferentes cuestiones vinculadas con la responsabilidad parental en sentido

⁵⁹ *Vid.* art. 97 apartado 2 letra b) del Reglamento.

⁶⁰ De conformidad con el art. 97 del Reglamento Bruselas II *ter* y art. 52 del Convenio de La Haya de 1996.

amplio —en términos asimilables a las acciones cubiertas por los reglamentos europeos analizados—.

Por un lado, su artículo 15 establece que la ley aplicable a las medidas de protección del menor de cualquier índole —sobre su persona o bienes, incluida la privación de la responsabilidad parental o la modificación de su ejercicio⁶¹— será el derecho del foro, lo que generalmente corresponderá con el ordenamiento jurídico nacional del Estado de la residencia habitual del menor —al ser la regla general de competencia en el instrumento de conformidad con su artículo 5, pero no es la única posibilidad de jurisdicción competente⁶²—. Esta aproximación general de que la ley del foro corresponde con la del Estado de residencia habitual del menor, se consolida con el tenor del apartado 3 de este artículo que prevé respecto del régimen sustantivo aplicable las consecuencias del cambio de residencia del menor: pasando a reglamentar la ley de la nueva residencia las condiciones de aplicación de las medidas ya adoptadas (de conformidad con la ley de residencia de origen) a partir del momento en que se produce la modificación⁶³.

No obstante, es posible que excepcionalmente el tribunal del foro no aplique su propio sistema jurídico —o el del Estado de nueva residencia habitual del menor— para fundamentar sustantivamente la adopción y/o condiciones de aplicación de las medidas de protección, si el supuesto plantea conexiones más fuertes con otro ordenamiento. En estos casos, el convenio le permite aplicar o tomar en consideración la ley de ese otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho, siempre bajo el principio inexcusable del interés superior del menor (art. 15.2). Podría eventualmente resultar aplicable esta cláusula de excepción para aquellos supuestos de adopción de medidas de protección respecto de menores ucranianos no acompañados por las autoridades del lugar de ubicación física del mismo⁶⁴ en favor del ordenamiento jurídico del Estado de ubicación de los familiares cuando dichas medidas afecten a cualesquiera de ellos.

⁶¹ De conformidad con el art. 18 del Convenio de La Haya de 1996.

⁶² En particular en los supuestos objeto de análisis en los que es más que probable que la competencia del foro venga determinada por la ubicación física del menor en virtud del art. 5 del Convenio (o incluso ante el Estado mejor posicionado para conocer de conformidad con los arts. 8 y 9).

⁶³ De tal suerte, las medidas de protección constituidas según el derecho de la primera residencia habitual del menor se respetan, pero las condiciones de aplicación de las medidas se reglamentarán según el derecho de la nueva residencia del menor.

⁶⁴ Por ejemplo, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad que impone la ley a los progenitores biológicos o los adoptivos (en los países en los que la adopción sea plena, no así simple o no plena). Cuando no haya hecho uso del posible *fórum conveniens* en favor del Estado miembro (art. 15 del Reglamento Bruselas II *ter*) o contratante del convenio (arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996) de ubicación de sus familiares.

Por su parte, el artículo 16, en su apartado 1, establece que la cuestión de quién ostenta la responsabilidad parental sobre un menor por ministerio de la ley (por imposición de ley⁶⁵) se rige por el ordenamiento jurídico del lugar de residencia habitual del menor, esto es, en los supuestos objeto de estudio se regirá, en principio, por el derecho ucraniano en el caso de los menores que tengan allí su residencia. La misma regla opera cuando la atribución o extinción de la responsabilidad parental se derive de actos unilaterales⁶⁶ o acuerdo entre las partes (art. 16 apartado 2). Este precepto será el que opere para determinar el ordenamiento jurídico que concrete los responsables y el alcance de esa responsabilidad parental —*ope legis*— respecto de los menores ucranianos desplazados.

Los eventuales cambios de residencia habitual de los menores (supongamos que ese desplazamiento temporal dentro de la Unión europea se prolonga en el tiempo por el desarrollo de las circunstancias del conflicto bélico, pasando de una protección temporal excepcional a supuestos de solicitud y concesión de asilo), condicionan necesariamente la concreción de la ley aplicable a esta cuestión, por lo que también se precisa. La responsabilidad parental ya existente y establecida según la ley del Estado de residencia habitual del menor subsiste⁶⁷ después del cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado (art. 16 apartado 3).

En lo que respecta a las acciones vinculadas con el ejercicio de la responsabilidad parental (típicamente las relativas al derecho de custodia y/o visita) estas se rigen también por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento de la presentación de la demanda, tal y como queda referido en el artículo 17 del Convenio de La Haya.

De manera excepcional, con independencia del ordenamiento jurídico que resulte de aplicación de conformidad con las soluciones conflictuales articuladas para cada supuesto por el convenio, el artículo 22 prevé el recurso al orden público por el Estado del foro para impedir su aplicación. Cuando la ley designada sea manifiestamente contraria al orden público —internacional del foro—, teniendo en cuenta el interés superior del niño, podrá excluirse su aplicación —lo que supondrá la aplicación de la *lex fori*, eso es, la ley nacional del foro o autoridad que conoce—.

⁶⁵ Para el caso de la atribución o privación de la responsabilidad parental mediante intervención judicial la/s regla/s conflictual/es aplicables por el foro serían las contenidas en el artículo 15, como medida de protección del menor.

⁶⁶ Por ejemplo ante el reconocimiento en documento público o privado de la paternidad (como sería en un testamento, etc.).

⁶⁷ Pero si la responsabilidad parental aún no estaba establecida plenamente en el momento del cambio de residencia, la responsabilidad se rige por la ley de la nueva residencia del menor.

Dada la *grave* consecuencia que conlleva la apreciación del orden público por las autoridades competentes —en este y otros ámbitos (Carrascosa González, 2008: p. 2352)—, que supone la inaplicación del ordenamiento jurídico nacional concretado en la norma de conflicto designada para todos los Estados signatarios del convenio, y que constituye una obligación asumida internacionalmente por los Estados parte respecto de los demás Estados parte, la concreción de lo que se entiende por orden público en este particular contexto deviene una necesidad imperativa. Siendo que en este contexto, y en general en de las relaciones familiares (D. Iud, C., 2013), el interés superior del menor se alza como un criterio y factor correctivo vinculado con los derechos que asisten al niño (Najurieta, 1997: 1436-1437).

3.4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS O RESOLUCIONES SOBRE LOS MENORES DESPLAZADOS

Cuando se trate de situaciones íntegramente intracomunitarias —entre Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca— resulta de aplicación el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento Bruselas II *bis* o el Reglamento Bruselas II *ter* (en función de la fecha del ejercicio de la acción jurisdiccional de la que deriva la resolución que quiere hacerse valer en otro Estado miembro o de formalización o registro del documento público o acuerdo en el que se recoge el acto con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen)⁶⁸, desplazando la aplicación de la reglamentación prevista en el Convenio de La Haya de 1996⁶⁹ (Capítulo IV). De esta forma, lo determinante para concretar el instrumento aplicable y, consecuentemente su régimen, es la autoridad u órgano jurisdiccional de origen y requerido⁷⁰ en las materias cubiertas.

Las decisiones que eventualmente puedan adoptarse en el Estado miembro de acogida del menor que debieran hacerse efectivas en otro Estado miembro —por ejemplo, cuando se trate de menor no acompañado acogido en un Estado miembro distinto de donde se encuentran sus familiares sobre

⁶⁸ Siendo de aplicación el régimen del Reglamento Bruselas II *ter* a partir del 1 de agosto de 2022. *Vid.* art. 100 apartado 2 del Reglamento refundido.

⁶⁹ Tal y como se deriva de los artículos 53.2 del Convenio de La Haya de 1996, 61 letra b del Reglamento Bruselas II *bis* y 97 apartado 1 letra b) del texto refundido del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁷⁰ Si tanto el tribunal de origen como el tribunal requerido son Estados miembros vinculados por los reglamentos (todos los Estados de la UE menos Dinamarca), el tribunal requerido tendrá que acudir necesariamente al régimen del Reglamento Bruselas II que corresponda en función de la fecha de aplicación temporal del Reglamento refundido (art. 100).

los que pueda recaer eventualmente la responsabilidad parental⁷¹— tendrán que cumplir con el procedimiento —en su caso— y verificación de los requisitos —y de la no concurrencia de las causas de denegación— para el reconocimiento y/o ejecución que establezca el reglamento aplicable.

Ahora bien, si el Estado de origen y/o el requerido es un Estado que no se encuentra vinculado por el Reglamento pero sí por el Convenio de La Haya de 1996 (como es el caso de las relaciones con Dinamarca, dentro de la UE, o en relación con las resoluciones preexistentes dictadas en Ucrania en relación con el menor desplazado), se alza este instrumento como el aplicable (Capítulo IV).

En este ámbito, la concreción del instrumento operativo —no solo entre los actos europeos institucionales o el texto convencional, sino entre los mismos reglamentos— conlleva consecuencias prácticas muy significativas, particularmente cuando se trate de resoluciones o decisiones que lleven aparejada ejecución. Ahora bien, cuando se trata del mero reconocimiento de las decisiones extranjeras entre Estados miembros/contratantes, se parte en todos los instrumentos de un reconocimiento automático y pleno que no requiere de procedimiento alguno.

El artículo 23 del Convenio de La Haya de 1996 contempla el reconocimiento formal y de pleno derecho de las medidas adoptadas en otro Estado contratante de manera automática. En consecuencia, si estamos ante una medida ucraniana amparada por el convenio (materia cubierta y habiendo sido adoptada antes del desplazamiento del menor cuando el instrumento estaba ya en vigor en Ucrania y en el Estado contratante requerido⁷²) será reconocida automáticamente en otros Estados contratantes sin necesidad de reconocimiento formal (procedimiento). Por lo tanto, las medidas ucranianas seguirán siendo válidas automáticamente en la UE salvo procedimiento del artículo 24. Según este precepto, en caso de que por persona interesada se solicite ante las autoridades competentes del Estado contratante requerido que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de esa medida, será necesario pasar el procedimiento —generalmente de exequátur— previsto en el sistema interno de Estado requerido⁷³

⁷¹ Típicamente supuestos en los que no sean sus progenitores —que pueden encontrarse aún en Ucrania en el mejor de los casos— sino familiares directos a los que pueda establecerse por ejemplo una acogida, tutela o cualquier institución de protección del menor (esto es, la institución jurídica con las condiciones y alcance que determine la Ley aplicable de conformidad con el ya referido art. 15 del Convenio de La Haya de 1996).

⁷² *Vid.* art. 53 apartado 2 del Convenio de La Haya de 1996.

⁷³ Para el caso de que fuera España el Estado contratante requerido en el que se solicita ese pronunciamiento de medidas ucranianas respecto del menor acogido en nuestro territorio, sería aplicable el procedimiento judicial de exequátur previsto en el art. 42 de nuestra

(mediante remisión expresa) y si no concurren las causas de denegación del reconocimiento previstas en el artículo 23 apartado 2 del convenio, será reconocida con eficacia de cosa juzgada material en aquel Estado⁷⁴.

Esta misma aproximación de reconocimiento automático formal de las resoluciones dictadas entre Estados miembros, en materia de menores cubiertas, es la que encontramos en los Reglamentos Bruselas II (*bis* y *ter*)⁷⁵, con la previsión igualmente de poder someterse en estos casos, voluntariamente por parte interesada, a los procedimientos y causas de denegación previstos expresamente en el instrumento para obtener un reconocimiento con efecto de cosa juzgada material⁷⁶.

La mayor diferencia entre los instrumentos referidos la encontramos en el régimen aplicable a las resoluciones con fuerza ejecutiva en el Estado de origen que se quiera que desplieguen estos mismos efectos o equivalentes en otro Estado (requerido) —como serían todas aquellas relativas al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los menores desplazados o cualesquiera medidas de protección sobre la persona o bienes del menor que lleven aparejada ejecución—.

En el caso de que la medida con fuerza ejecutiva recaiga dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II *bis* —a excepción de aquellas decisiones referidas al ejercicio del derecho de visita, según su art. 41⁷⁷— deberá pasar necesariamente con éxito el procedimiento de solitud de declaración de ejecutoriedad en el Estado miembro requerido, esto es, el exequátur previsto en este instrumento (arts. 28 a 36), para que pueda

Ley 29/2015. España (2015). Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil. Boletín Oficial del Estado, 31 de julio, n.º 182, pp. 65906-65942.

⁷⁴ El reconocimiento mediante la sumisión a un procedimiento —interno— conlleva el efecto de cosa juzgada material en el Estado requerido, impidiendo que pueda volver a resolverse sobre esta misma cuestión entre las mismas partes ante las autoridades competentes de esta jurisdicción por el *non bis in idem* (no así la modificación de la medida que sería procedimiento distinto).

⁷⁵ *Vid.* art. 21 apartado 1 del Reglamento Bruselas II *bis* y art. 30 apartado 1 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁷⁶ En este sentido se manifiesta el apartado 3 del artículo 21 Reglamento Bruselas II *bis*, con remisión a los procedimientos de la Sección 2.^a del Capítulo III (solicitud de declaración de ejecutoriedad, procedimiento aplicable necesariamente cuando la resolución lleva aparejada ejecución) y causas de denegación previstas en su artículo 23. En términos análogos se expresa el art. 30 apartado 3 del Reglamento Bruselas II *ter*, con remisión a los procedimientos previstos en los artículos 59 a 62 y, cuando proceda, en la sección 5 del capítulo IV y en el capítulo VI, con los motivos de denegación del reconocimiento que recoge el artículo 39.

⁷⁷ Excepción que concurre con la prevista también para las resoluciones que acuerdan la restitución de menores en caso de sustracción internacional. En ambos casos no solo el reconocimiento es automático sino también la ejecución que se realiza sin declaración de ejecutoriedad previa (arts. 41 y 42).

—tras esa declaración favorable de ejecutoriedad del título— conseguir la ejecución material de la medida⁷⁸.

En términos similares, pero sin excepciones, se manifiesta el Convenio de La Haya de 1996, estableciendo que las medidas adoptadas en un Estado contratante que son allí ejecutorias y que comportan actos de ejecución en otro Estado contratante, deberán ser declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en este otro Estado, de conformidad con el procedimiento previsto a tales efectos por la ley de este Estado a petición de toda parte interesada (art. 26 apartado 1 del convenio).

Finalmente, ha de referirse el avance que en este sentido se ha operado dentro del marco comunitario el Reglamento Bruselas II *ter*, que supone la eliminación de la necesidad del exequátur o declaración de ejecutoriedad para todas las resoluciones —documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen— que entren dentro del ámbito de aplicación del reglamento. Esto supone que toda resolución o documento público o acuerdo amparado por el instrumento, que sea título ejecutivo en un Estado miembro, es automáticamente título ejecutivo en todos los demás Estados miembros⁷⁹ (por lo que si conllevan actos de ejecución fuera de su jurisdicción podrá instarse la ejecución material directa dentro de todo el territorio de los Estados miembros vinculados por este reglamento, es decir, toda la UE menos Dinamarca)⁸⁰.

No obstante, y en cualquier caso, la parte interesada podrá solicitar procedimiento de denegación de ejecución (de los artículos 59 y 60, y posteriores recursos de los artículos 61 y 62), alegando las causas de denegación del artículo 39 (las mismas que para denegar el reconocimiento), con efecto de cosa juzgada material tras dicho procedimiento.

Los motivos tasados de denegación de reconocimiento y/o ejecución reglamentados en cada uno de los textos internacionales analizados también evidencian la distancia entre ellos con claras consecuencias prácticas, condicionando el resultado favorable o no del reconocimiento (si se plantea procedimiento por la parte interesada) o de la ejecución (dentro del exequátur o de la solicitud de denegación de reconocimiento, según corresponda).

⁷⁸ La ejecución material de la resolución, ya declarada ejecutiva en el territorio del Estado requerido, se realiza de conformidad con la normativa procesal interna del Estado miembro requerido. En nuestro caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil. España (2000). Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero, n.º 7.

⁷⁹ *Vid.* art. 51.1 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁸⁰ Buscando la libre circulación de resoluciones dentro del mercado interior en este ámbito material. *Cfr.* Considerando 3 del Reglamento Bruselas II *ter*.

Si bien en los principales motivos de denegación del reconocimiento y/o ejecución todos los textos coinciden básicamente en los mismos (orden público, rebeldía, falta de audiencia menor o persona interesada, inconciliabilidad con otras resoluciones posteriores...)⁸¹, existen significativas diferencias entre los instrumentos europeos (que prácticamente se replican⁸²) y el convenio. Las causas de denegación del reconocimiento/ejecución que el Convenio de La Haya de 1996 prevé en su artículo 23 son, en comparación con los instrumentos europeos —artículo 23 del Reglamento Bruselas II *bis* y artículo 39 del Reglamento Bruselas II *ter*—, más numerosas y se regulan de forma más precisa. Incluye causas de denegación que permiten, por ejemplo, controlar al Estado contratante requerido la competencia judicial internacional del Estado contratante de origen para adoptar la medida objeto de reconocimiento/ejecución⁸³, lo que es impensable dentro del ámbito de los reglamentos. Consecuentemente, si la medida respecto del menor adoptada por autoridad ucraniana quiere ser reconocida y/o ejecutarse en el Estado de acogida, los criterios de competencia de dicha autoridad serán revisadas por el Estado contratante requerido condicionando el reconocimiento (si se plantea dicho procedimiento).

Otro factor que pudiera resultar determinante en este contexto estaría vinculado a los supuestos de menores ucranianos no acompañados desplazados a un Estado de la Unión Europea pero con familiares ubicados en otro Estado miembro distinto. En aquellos supuestos de adopción de medidas protección por el Estado miembro/contratante de ubicación física del menor que conlleven el acogimiento del niño en otro Estado miembro contratante (típicamente el de ubicación de esos familiares en favor de estos), deberá cumplirse previamente a la adopción de tal medida con el procedimiento *ad hoc* previsto en todos los instrumentos referidos so pena de denegarse el reconocimiento⁸⁴.

⁸¹ *Vid.* Art. 23.2 del Convenio de La Haya de 1996, art. 23 del Reglamento Bruselas II *bis* y art. 39 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁸² Si bien el nuevo texto refundido incorpora un apartado específico para explicar cuándo la falta de audiencia del menor puede configurarse como motivo de denegación (art. 39 apartado 2 del Reglamento Bruselas II *ter*).

⁸³ Suponiendo la denegación del reconocimiento/ejecución cuando el tribunal de origen no hubiera fundamentado su competencia internacional en los criterios previstos en el Capítulo II del Convenio (art. 23 apartado 2 letra a), o normas equivalentes como las previstas en los Reglamentos europeos ya que es posible que el tribunal del foro hubiera fundamentado su competencia en las normas del Reglamento europeo y no en el convenio.

⁸⁴ Procedimiento previsto en el art. 56 del Reglamento Bruselas II *bis* y su equivalente en el art. 82 del texto refundido de 2019, y el del art. 33 del Convenio de La Haya de 1996.

4. SECUESTRO DE LOS MENORES DESPLAZADOS: DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS/ TER AL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y LA CONCRECIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN

En este apartado se abordará de forma general el marco jurídico aplicable y cuestiones de aplicación del procedimiento de restitución y soluciones de las cuestiones de derecho internacional privado vinculadas a eventuales supuestos de sustracción internacional de los menores ucranianos desplazados, por alguno de los progenitores o titulares de la responsabilidad parental, precisamente aprovechando dicho traslado⁸⁵. Esta materia se aproxima desde el punto de vista exclusivamente internacional privatista (aspectos civiles de la sustracción y cuestiones de competencia, ley aplicable o reconocimiento), dejando al margen posibles aspectos delictivos o penales que puedan ir aparejados a estos supuestos.

Ha de aproximarse la cuestión previamente desde una perspectiva conceptual, en la medida que esto determina el régimen jurídico aplicable y los problemas que pueden encontrar los operadores jurídicos en su determinación. En primer lugar, condicionado el ámbito de aplicación personal de los instrumentos potencialmente aplicables, nos encontramos con la necesaria delimitación del término *menor* a los efectos de la normativa internacional sobre sustracción.

En función del instrumento internacional aplicable este término se integra de una forma u otra. Para el principal texto internacional en esta materia⁸⁶, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, su aplicación se extiende a los menores de hasta 16 años (art. 4), mientras que entre los instrumentos propiamente europeos vemos distintas aproximaciones en esta cuestión. Para el Reglamento Bruselas II *bis*, como ya se ha referido, este no es un concepto definido en el instrumento, por lo que su integración dependerá de la ley personal del menor reguladora de su capacidad (en la generalidad de Estados miembros se concreta en 18 años la mayoría edad). Esta laguna se suple en el texto refundido del Reglamento de 2019 (Reglamento Bruselas II *ter*) en el que a los efectos de la aplicación del régimen previsto para los supuestos de sustracción intracomunitaria se tendrán por menores hasta los

⁸⁵ No se aborda, pro quedar fuera del objeto de estudio del presente trabajo, los casos de sustracción de menores por mafias o personas ajenas a los titulares de la responsabilidad parental, siendo estos supuestos exclusivamente de naturaleza criminal.

⁸⁶ Que vincula actualmente a 101 Estados en todo el mundo, según la información facilitada por la Conferencia de La Haya. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Última consulta el 01.09.2022.

16 años, y para el resto de las cuestiones de derecho internacional privado cubiertas por el instrumento (competencia, reconocimiento y ejecución en resoluciones en materia de responsabilidad parental) hasta los 18 años⁸⁷.

Finalmente, el último instrumento europeo que puede resultar de aplicación —aunque muy residualmente— es el ya también referido Convenio de Luxemburgo de 1980 que determina su ámbito personal de aplicación a los menores de 16 años (art. 1 a).

Todos los textos referidos operan bajo una definición común muy similar de sustracción internacional, entendida en términos generales como el traslado o retención ilícita de menores fuera del Estado de residencia habitual del menor⁸⁸. De esta suerte, la concreción del Estado de la residencia habitual del menor es esencial, pero no solo para constatar si concurre o no un supuesto de sustracción por cambio ilícito (esto es, no consentido por quien tiene derecho a decidir sobre la residencia del menor⁸⁹) respecto de ese Estado de origen, sino también para delimitar el instrumento aplicable. En función de cuál sea el Estado de origen del menor (entendido como el de residencia habitual del menor) y el Estado de traslado o retención del menor —típicamente no consentido para que pueda articularse el mecanismo de tutela— podrá determinarse si se aplican los Reglamentos europeos⁹⁰ o el Convenio de La Haya de 1980⁹¹, con significativas diferencias en la práctica.

⁸⁷ De conformidad con el Considerando 17 y artículo 2 numeral 6 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁸⁸ *Vid.* art. 3 Convenio de La Haya de 1980. A esta definición se remite el Reglamento Bruselas II *bis* en su artículo 11 al indicar que la aplicación de las particularidades previstas en este precepto se circunscriben a los supuestos de sustracción cubiertos por el convenio entre Estados miembros vinculados por el reglamento.

⁸⁹ Lo que se equipara en los instrumentos aplicable al derecho de custodia, siendo este un concepto autónomo, propio, que no puede integrarse por ningún ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros/contratantes. Así se establece en el art. 5 letra a) del Convenio de La Haya de 1980 y expresamente se recoge en el Considerando 18 del Reglamento Bruselas II *ter*: *A efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita.*

⁹⁰ Y entre ellos, en función de la fecha del traslado o retención ilícito el Reglamento Bruselas II *bis* o *ter* (este último a partir del 1 de agosto de 2022).

⁹¹ Siendo que los reglamentos serán aplicables para los supuestos de sustracción cubiertos (menores de hasta 18 o 16 años, respectivamente) cuando tanto el Estado de origen (residencia habitual del menor) como el de destino (de retención o traslado ilícito) son Estados miembros vinculados por los reglamentos (todos los Estados miembros de la

Las principales diferencias entre los instrumentos referidos no solo se refieren al ámbito personal de aplicación —vinculado con el concepto de menor— sino en la propia reglamentación del procedimiento de restitución e incluso en la apreciación y alcance de los motivos de denegación de la restitución del menor a su Estado de origen (Fernández Sánchez, 2022), incluso entre los Reglamentos europeos tras la revisión operada en 2019. En particular, destaca la evolución de esta cuestión dentro de la Unión Europea con las modificaciones introducidas por el nuevo reglamento donde la sustracción recibe un tratamiento propio en el instrumento (Capítulo III), con ocho artículos frente a un único artículo, el 11, de su predecesor dedicado a las particularidades de este procedimiento entre los Estados miembros en relación con el Convenio de La Haya de 1980 (Herranz Ballesteros, 2021: 240).

En el caso de los menores ucranianos acogidos temporalmente en distintos Estados miembros de la Unión, como ya se ha indicado, el Estado de residencia habitual de estos menores sigue siendo Ucrania, salvo posterior cambio —por ejemplo, por reconocimiento de la condición de asilo en un Estado miembro concreto, pasando en ese momento a ser esta su nueva residencia habitual—. Si bien esta circunstancia —residencia habitual en Ucrania— es determinante para establecer que el instrumento aplicable es el Convenio de La Haya de 1980 para resolver por parte del Estado contratante de traslado o retención ilícito sobre la restitución o no del menor⁹² —aunque sea Estado miembro de la UE vinculado por los reglamentos—, es probable que en las circunstancias concretas de los supuestos estudiados el Estado de origen —para determinar el retorno— no sea el Estado de residencia habitual real (Ucrania) sino el del Estado miembro de protección temporal/acogida del menor si dicha sustracción se verifica tras haberse establecido *temporalmente* en dicho Estado.

UE menos Dinamarca). En caso de alguno o todos los Estados implicados fueran Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 pero no vinculados con los Reglamentos europeos (Bruselas II *bis/ter*), se aplica el régimen convencional. Estos son los principales instrumentos alternativos reales para los Estados miembros, dado el carácter significativamente residual del Convenio de Luxemburgo de 1980. Este instrumento es raramente aplicable en general, pero ningún caso de aplicación en los supuestos objeto de estudio, puesto que requiere para su aplicación que los titulares de la responsabilidad parental y el menor sean nacionales del Estado signatario del convenio (lo que no ocurre con Ucrania) de residencia habitual común antes del traslado, y que la retención /traslado se realice a otro Estado signatario de este convenio.

⁹² Al ser el Estado de origen de residencia del menor Estado contratante del Convenio de La Haya de 1980 no parte del Reglamento Bruselas II *bis/ter* y el Estado de retención o traslado un Estado miembro también contratante del Convenio de La Haya de 1980.

Pongamos un posible ejemplo de un supuesto en el que entre Estados miembros de la UE (el de origen de ubicación física de menor ucraniano con protección temporal y el de retención/traslado sin consentimiento por el que tiene derecho a decidir) se aplicaría el régimen de Convenio de La Haya de 1980 —en lugar del Reglamento Bruselas II que correspondiera— para resolver si se restituye o no el menor, no a su Estado de residencia habitual sino el de origen de protección temporal tras el desplazamiento. Imaginemos un matrimonio o pareja mixta (padre nacional ucraniano y madre nacional francesa) con residencia habitual en Ucrania y con un menor en común; antes del conflicto bélico la pareja se separa y se atribuye en Ucrania judicialmente la patria potestad y custodia compartida a ambos progenitores. Como consecuencia de la guerra, los progenitores de mutuo acuerdo consideran que lo más prudente es que el menor y la madre se desplacen a Polonia al ser el país de la Unión Europea más próximo, quedándose el padre a luchar y facilitándole así mantener el contacto con el menor, en la medida de lo posible, mientras dure ese desplazamiento temporal causado por la invasión rusa. La madre del menor buscando la custodia en exclusiva del menor se desplaza con él hasta Francia, su país de origen, para plantear allí judicialmente su pretensión, todo ello sin contar con el consentimiento del padre. En este contexto, el padre —como titular del derecho de custodia a los efectos de poder decidir sobre la residencia habitual de su hijo— podría plantear demanda de restitución del menor al amparo del Convenio de La Haya de 1980, procedimiento que deberá resolver las autoridades francesas de ubicación física del menor, siendo que la concesión de tal restitución supondría la devolución del niño al Estado miembro contratante de acogimiento temporal (Polonia) y no Ucrania como Estado de residencia habitual por razones evidentes⁹³.

Igualmente se estaría ante un supuesto de traslado ilícito del menor, que permitiría poner en marcha el procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980, cuando para el desplazamiento desde Ucrania —como Estado de residencia habitual— a cualquier otro Estado signatario (como sería cualquier Estado miembro de la UE) no se ha contado con el titular de la responsabilidad parental con derecho a decidir sobre la residencia habitual del menor, y ello aunque dicho traslado estuviera suficientemente motivado por la ocupación bélica del territorio. De tal forma

⁹³ Debiendo suspender el eventual procedimiento de fondo (sobre el ejercicio de la responsabilidad parental respecto del menor, vinculado a la solicitud en exclusiva del derecho de custodia por la madre ante los tribunales franceses) hasta que resuelva sobre la restitución, para cumplir con la obligación internacional impuesta en el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980.

que, si se verifica que se traslada al menor fuera de Ucrania sin tal consentimiento, el titular del derecho de custodia —en los términos indicados en los instrumentos internacionales sobre sustracción— podrá instar demanda de restitución al amparo del referido convenio.

Cuestión distinta es la posible apreciación de estas circunstancias como causa o motivo de denegación de restitución con base en el artículo 13 letra b del Convenio por la existencia de un grave riesgo para el menor en caso de restitución (cuando conceder dicha devolución lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable) bajo el criterio imperativo de interpretación del interés superior del menor.

Ha de recordarse que el Convenio de La Haya de 1980 se limita a reglamentar exclusivamente el procedimiento de restitución y cuestiones al conexas en caso de sustracción de menores de hasta 16 años entre Estados signatarios, dejando al margen cualesquiera otra cuestión de fondo que en torno a ello pudiera suscitarse.

Así, la aplicación del procedimiento previsto ante un supuesto de sustracción cubierto —como sería el analizado—, no se condicionaría a la existencia de resolución previa de autoridad competente⁹⁴ en el Estado origen (el de residencia del menor) sobre responsabilidad parental que determine ese derecho de custodia —que legitime al potencial demandante de la restitución y justifique la ilicitud—, ya que es posible que dicho derecho —y correlativa legitimación activa— venga determinado por imperio de la ley o por acuerdo entre las partes con eficacia jurídica en el Estado de residencia habitual⁹⁵. En cualquier caso, de existir dicha resolución judicial —pudiendo ser o no definitiva, firme o susceptible aun de recurso en el Estado de origen— el Estado contratante que debe decidir sobre la restitución no puede revisarla para condicionar su decisión⁹⁶ (debiendo generalmente acordar automáticamente la restitución, si no ha transcurrido

⁹⁴ Típicamente será autoridad judicial pero cabe también, como en el caso danés, por ejemplo, que las autoridades competentes en esta materia tengan de naturaleza administrativa (como así expresamente se prevé en la definición e ilicitud del traslado o retención que el Convenio de La Haya de 1980 realiza en su art. 3 para delimitar su aplicación). En definitiva, resolución emanada de órgano jurisdiccional en los términos extensivos que se utilizan por los instrumentos internacionales en la materia. En términos análogos, los Reglamentos Bruselas II, de conformidad la definición de órgano jurisdiccional operada en ambos instrumentos: art. 2 apartado 1 del Reglamento Bruselas II bis y art. 2 apartado 2, numeral 1º, del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁹⁵ *Vid.* art. 5 del Convenio de La Haya de 1980.

⁹⁶ Ahora bien, esto no obsta —como es lógico— que para determinar la ilicitud del traslado o retención (a los efectos del art. 3) las autoridades competentes del Estado contratante que deba decidir sobre la restitución puedan tener en cuenta directamente la legisla-

más de un año desde que el menor fue trasladado o retenido⁹⁷, siempre y cuando no concurra ninguno de los motivos de denegación de la restitución previstos⁹⁸).

Igualmente, no se condiciona la restitución del menor al previo reconocimiento en el Estado requerido —de traslado/retención del menor— de esa eventual resolución judicial o administrativa que sobre el fondo (sobre el derecho de custodia como ese derecho a decidir sobre la residencia del menor) dictada formalmente en el Estado de residencia del menor.

Por último, tampoco se puede condicionar la restitución o no a que en el Estado de traslado/retención exista resolución contradictoria sobre el derecho de custodia —en los términos del convenio— en relación con lo establecido en el Estado contratante de origen⁹⁹. De hecho, si se hubiera iniciado en el Estado de traslado/retención un procedimiento sobre el derecho de custodia —que pudiera condicionar el carácter ilícito de la sustracción—, las autoridades competentes de este país no podría resolver sobre el fondo, sino que deberían suspender hasta que se resuelva sobre la restitución (si fuera negativa le permitiría seguir conociendo como nuevo Estado de residencia habitual del menor, y si es positiva debiendo archivar la causa ya que la competencia le correspondería al Estado de origen, como Estado de residencia habitual del menor que se mantiene) o haya transcurrido el plazo razonable para presentar demanda de restitución (generalmente un año), todo ello de conformidad con el art. 16 del convenio.

Por todo lo anterior y en consecuencia, ante un supuesto de sustracción internacional de menores como el analizado, amparado por el Convenio de La Haya de 1980, todas las cuestiones de derecho internacional privado que en paralelo surgen en relación con estos supuestos, deben buscarse respuesta fuera de este texto convencional.

De esta suerte, será necesario recurrir a otros instrumentos internacionales para dar solución a tales cuestiones. Siendo que en este contexto, las más significativas en la práctica son aquellas relativas a la concreción de las autoridades competentes para litigar sobre todo lo relativo a la responsabilidad parental del menor sustraído (medidas de protección de su persona, bienes, ejercicio de la responsabilidad parental, etc.). Ya sea para una adopción *ex novo* —si la sustracción se produjo antes de que se acudiera a la autoridad competente en el Estado de origen para reglamentar estas

ción y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor (de conformidad con el art. 14).

⁹⁷ *Vid.* art. 12 Convenio de La Haya de 1980.

⁹⁸ Siendo motivos tasados los recogidos en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980.

⁹⁹ *Cfr.* art. 14 *in fine* Convenio de La Haya de 1980.

cuestiones¹⁰⁰—, o incluso cuando sí existieran medidas formales en el Estado de residencia, pero siendo estas aún provisionales cuando se produjo el traslado o retención ilícito, hubiera que concretar si se perpetúa la competencia del primer tribunal o si hay que localizar una nueva jurisdicción competente (la de ubicación física del menor sustraído), o finalmente, para delimitar los tribunales competentes si se deseara modificar las medidas ya existentes sobre los menores adoptadas antes de la sustracción.

Para dar solución a todas estas cuestiones habría que acudir en el asunto de referencia al ya referido Convenio de La Haya de 1996, como instrumento aplicable para concretar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de menores ucranianos desplazados (en la medida que, recordemos, el menor sigue teniendo su residencia habitual en Ucrania¹⁰¹). Tanto para el primero como el segundo de los supuestos planteados: presentación de demanda sobre medidas de responsabilidad parental de menores sustraídos y supuestos de pendencia de procedimientos sobre el particular ya incoados en el Estado de origen en el momento de la sustracción, la solución articulada es la misma: mantenimiento de la competencia para el Estado de origen de residencia habitual del menor.

Así, de conformidad con el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996, en caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que este tuviera su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el menor adquiera una residencia habitual en otro Estado, siempre que concurra alguna de estas dos circunstancias: a) que toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda¹⁰² acceda al desplazamiento o a la retención¹⁰³; o b) el menor resida en este otro Estado por un periodo de, al menos, un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber co-

¹⁰⁰ Siendo en estos casos que el derecho de custodia vendría en su caso determinado por la ley o acuerdo entre las partes si así lo prevé el ordenamiento o jurídico del Estado de origen, para legitimar al potencial demandante de la restitución en caso de que no se hubiera recabado su consentimiento para el cambio de residencia del menor —existiendo por tanto la ilicitud del traslado/retención— a los efectos del Convenio de La Haya de 1998.

¹⁰¹ De tal manera que solo en caso de nueva adquisición de residencia habitual del menor en un Estado miembro (cambiando su condición jurídica de trasladado temporal) podrá plantearse la aplicación del ya nuevo Reglamento Bruselas II *ter*. En particular, la solución de competencia judicial internacional prevista en su artículo 10 para estos casos.

¹⁰² Término utilizado como sinónimo de derecho de custodia a los efectos de la sustracción.

¹⁰³ La concurrencia del consentimiento en el cambio de residencia del menor elimina la existencia de ilicitud del traslado o retención y, en consecuencia, de un supuesto de sustracción internacional.

nocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se hubiera presentado demanda de retorno o restitución en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio (esto es, un supuesto de reconocimiento tácito de ese Estado como el de nueva residencia habitual del menor).

Consecuentemente, salvo que se constate en las circunstancias y condiciones referidas que el menor ha obtenido un nuevo Estado de residencia habitual —o tras un procedimiento de restitución cuando el resultado haya sido denegar el retorno, en cuyo caso el Estado de traslado/retención se alza como nuevo Estado de residencia—, el Estado de residencia anterior a la sustracción será el internacionalmente competente para conocer de cualquier medida inicial, seguir conocimiento de los ya pendientes o para instar su modificación respecto de ese menor, para todas las acciones en materia de responsabilidad parental cubiertas por el Convenio de La Haya de 1996.

5. CONCLUSIONES

En un panorama internacional tan convulso como el actual, en el que destaca la invasión del territorio ucraniano por las fuerzas militares rusas, se constata una afluencia masiva de desplazados —principalmente niños y mujeres— hacia la Unión Europea. Estos movimientos migratorios, en principio de carácter temporal, plantean significativas cuestiones jurídicas que desde el punto de vista no solo institucional sino también por las autoridades nacionales deben afrontarse. En este contexto, hay que acudir al derecho internacional privado para dar soluciones a todas las cuestiones que surgen en torno a estas nuevas relaciones privadas internacionales (típicamente vinculadas con la nacionalidad de los sujetos y su ubicación física tras el desplazamiento).

Al tratarse el supuesto de objeto de estudio de un colectivo que se encuentra conectado con más de un país —menores desplazados con o sin acompañamiento a distintos países miembros de la Unión desde Ucrania—, al margen de las cuestiones propiamente de extranjería de naturaleza jurídico pública, sus relaciones constituyen objeto del derecho internacional privado, por lo que es necesario acudir a los distintos instrumentos de esta área de conocimiento para dar respuestas a las cuestiones vinculadas con estos menores.

En este ámbito concreto, como se ha visto, ha de operarse con diferentes textos *ius privatistas* de distinta fuente de producción normativa, esto es, instrumentos institucionales europeos (fundamentalmente los Reglamentos Bruselas II *bis* y *ter*), textos convencionales (básicamente

Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y el Convenio de La Haya de 1980 para los eventuales supuestos de sustracción internacional de menores) e incluso normas de fuente autónoma o interna de los Estados de referencia (como por ejemplo para determinar la propia condición de menor en el contexto del ámbito personal del Reglamento Bruselas II *bis*, o la propia reglamentación del eventual régimen de exequátur para hacer efectivas aquellas medidas respecto de menores desplazados acordadas en su país de origen: Ucrania, por remisión del Convenio de La Haya de 1996).

La delimitación normativa entre los distintos textos resulta esencial para los operadores jurídicos, siendo que en términos generales los instrumentos institucionales europeos y convencionales coinciden en su ámbito personal y material de aplicación, por lo que su ámbito espacial será típicamente lo que decida con las correspondientes consecuencias prácticas —dadas las diferencias que existen entre unos y otros en la reglamentación de todas las cuestiones vinculadas con menores y materia de responsabilidad parental—. Será la residencia habitual de los menores el criterio espacial determinante para la concreción del instrumento aplicable, pero también para localizar las autoridades nacionales competentes, como regla general, en todos los textos potenciales; así como punto de conexión habitual para concretar la ley aplicable al fondo salvo excepciones.

El mantenimiento de la residencia habitual de los menores desplazados en su país de origen (Ucrania) determina que en este contexto sean generalmente los textos convencionales analizados los que operen en detrimento de los instrumentos europeos, desplazando su aplicación incluso en aquellos supuestos estrictamente intracomunitarios —como serían aquellos de menores desplazados no acompañados que eventualmente tengan su ubicación física en un Estado miembro con familia desplazada en otro Estado miembro, siendo que ambos Estados estuvieran vinculados por los Reglamentos Bruselas II—, tanto para determinar las autoridades competentes para conocer de las acciones o medidas sobre responsabilidad parental respecto de esos menores como para la tramitación de las eventuales demandas de restitución ante traslados o retenciones ilegales operados después del desplazamiento dentro de la Unión Europea.

Las circunstancias particulares que pueden concurrir en cada caso en los supuestos objeto de estudio, hace que sea necesario un análisis pormenorizado e individualizado para determinar las soluciones aplicables desde la perspectiva del derecho internacional privado, con significativas diferencias en los eventuales resultados en función del instrumento que resulte finalmente aplicable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenas Hidalgo, N. (2006), Diez notas sobre el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre sobre Régimen de Protección Temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas: un nuevo estatuto cualificado de Extranjería, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, Documenta Universitaria, Girona, pp. 361-384.
- Aparicio WilhelmI, M. (2006), *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, Documenta Universitaria, Girona.
- Azcárraga Monzonis, C. (2022), La «afluencia masiva de personas desplazadas» desde Ucrania y su protección temporal en la Unión Europea y en España: la activación de la Directiva 2001/55/CE», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 57, 2022, pp. 77-116. ISSN-e: 1696-9634.
- Borja Gonzalo, A. (2017). ¿Refugiados de primera o segunda clase? *Relaciones Internacionales*, (36), pp. 31-50. doi: 10.15366/relacionesinternacionales2017.36.002.
- Campuzano Díaz, B. (2020), El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 (n.º 1), pp. 97-117. ISSN-e: 1989-4570
- Carrascosa González, J. (2008), Orden Público internacional y externalidades negativas, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 62 (n.º 2065) p. 2352.
- D. Iud, C. (2013), Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia (en línea), *Ley Online AR/DOC/2643/2013* Año V, vol. 10. (Consulta 15 de julio de 2022). Disponible en: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/iud-los-matices-del-orden-pc3bablico-internacional-en-las-relaciones-de-familia.pdf>.
- Espinosa Calabuig, R. (2022), Artículo 7. Competencia general, *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n.º. 2019/1111*, Tirant lo Blanch, pp. 120-132.
- Fernández Sánchez, C. (2022), *La sustracción internacional de menores: el retorno del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 y del Reglamento (CE)*, Ed. Colex, 1.ª ed.
- Herranz Ballesteros, M. (2021), Miscelánea: El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad

- parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): Principales novedades, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73 (n.º 2), pp. 229-260. ISSN: 0034-9380, e-ISSN: 2387-1253.
- Imbroda Ortiz, B. J. y Ruiz Sutil, C. (2019), *Extranjería*, Ed. El Derecho, 2.ª edición.
- Lara Aguado, A. (2022), *Guía de buenas prácticas para la efectividad de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones de movilidad transfronteriza desde las perspectivas de género y de la infancia*, Tirant lo Blanch.
- Mangas Martín, A. (2015-2016), Protección internacional y europea ante las afluencias masivas de refugiados, *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, n.º 75. Dedicado a Refugiados, p. 40. ISSN: 1137-4772.
- Marín López, A. (1983-1984), El Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. VII, pp. 211-226. ISSN: 1578-3138
- Najurieta, M. S. (1997), Orden público internacional y derechos fundamentales del niño, *La Ley*, 1997-B, pp. 1436-1437.
- Porrás Ramírez, J.M. (2020), El reto de construir una política migratoria común en la Unión Europea, *La Ley Unión Europea*, número 82, ISSN-e 2255-551X.
- Ruiz Sutil, C. (2022), Protección de la extranjería y de su descendencia frente a diferentes formas de violencia de género en el marco de la extranjería y de la protección internacional. *Guía de buenas prácticas para la efectividad de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones de movilidad transfronteriza desde las perspectivas de género y de la infancia*, Tirant lo Blanch, pp. 292-299.
- (2019), Regímenes jurídicos de los extranjeros en España, *Extranjería*, Ed. El Derecho, 2.ª edición.
- Palao Moreno, G. (2022), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*. Comentarios al Reglamento (UE) n.º 2019/1111, Tirant lo Blanch.

NOTAS

LA RESPUESTA JUDICIAL PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LA FEDERACIÓN RUSA POR LAS VIOLACIONES DE NORMAS COMETIDAS EN LA INVASIÓN DE UCRANIA

Ana Gemma López Martín
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad Complutense de Madrid

Resumen

El 24 de febrero de 2022 se inició la ilegal invasión del territorio de Ucrania por parte de Rusia. Desde entonces, son numerosas las violaciones de normas internacionales —incluso normas de *ius cogens*— que han sido cometidas por el Estado ruso, desde la prohibición del uso de la fuerza, la soberanía territorial y la no injerencia en los asuntos internos de Ucrania, hasta graves violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario. Rusia debe responder por tales hechos ilícitos y reparar los daños causados. Para ello contamos con dos tribunales internacionales con competencia que ya están actuando: la Corte Internacional de Justicia —órgano judicial de Naciones Unidas que conoce de controversias entre Estados—, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Las posibilidades de actuación y el procedimiento llevado a cabo ante ambas instancias judiciales son examinados en este trabajo.

Palabras clave: Responsabilidad internacional del Estado ruso, *ius cogens*, Corte Internacional de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

On February 24, 2022, the illegal invasion of the territory of Ukraine by Russia began. Since then, there have been many violations of international norms -including jus cogens norms- that have been committed by the Russian State, from the prohibition of the use of force, territorial sovereignty and non-interference in the internal affairs of Ukraine, to serious human rights violations and humanitarian law. Russia must answer for such illegal acts and repair the damage caused. To this end, we have two competent international courts that are already acting: the International Court of Justice –a judicial body of the United Nations that hears disputes between States-, and the European Court of Human Rights of the Council of Europe. The possibilities of action and the procedure carried out before both judicial instances are examined in this work.

Keywords: International responsibility of the Russian State, *ius cogens*, International Court of Justice, European Court of Human Rights.

Sumario

1. Análisis previo de la invasión rusa de Ucrania en clave jurídico-internacional. 2. Rusia ante la Corte Internacional de Justicia. 2.1. Sobre la competencia de la Corte Internacional de Justicia en general. 2.2. Y en el caso concreto del conflicto de Ucrania en particular. 2.3. La demanda de Ucrania contra Rusia de 26 de febrero de 2022. 3. El Tribunal Europeo de derechos humanos: una instancia judicial con limitada efectividad en este caso.

1. ANÁLISIS PREVIO DE LA INVASIÓN RUSA DE UCRANIA EN CLAVE JURÍDICO-INTERNACIONAL

Como es bien sabido, el 24 de febrero de 2022 se inició el ilegal ataque armado de la Federación Rusa contra el territorio de Ucrania ordenado por su jefe de Estado, Vladimir Putin, tras reconocer la independencia de las regiones separatistas de Donetsk y Lugansk. Dicho ataque fue vestido como *operación militar especial* justificada, según las propias palabras de

Vladimir Putin, para defender a personas de Dombás que han sido «objeto de abusos y genocidio del régimen de Kiev durante ocho años»¹.

Este ataque ha dado lugar a uno de los conflictos internacionales más graves conocidos desde la Segunda Guerra Mundial. Cierto es que, desde 1945, hemos asistido a diversos casos de uso ilícito de la fuerza armada, pero nunca hasta ahora nos habíamos encontrado ante una invasión armada de un Estado a otro, sin justificación jurídica², sin ningún tipo de paraguas institucional, con tanta dureza y sin parecer tener fin; porque aún seguimos sin saber cuál es el objetivo de esta invasión lo que hace difícil vislumbrar el fin de la misma. Una invasión, además, en la que el Estado agresor es miembro permanente del Consejo de Seguridad, lo que impide, como ya se ha podido constatar, la acción de este órgano internacional encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en la medida en que Rusia ha ejercido su derecho de veto³, bloqueando así su posible actuación⁴.

¹ <https://www.elcorreo.com/internacional/putin-afirma-objetivo-desmilitarizar-20220224211253-ntcr.html>

² A este respecto es importante reseñar que el uso o amenaza de la fuerza armada está tajantemente prohibido en derecho internacional, tal y como recoge el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Norma reconocida con carácter de *ius cogens* por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto relativo a *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua v. EE.UU.) —p. 190—, lo que significa que es obligatoria para todos los Estados aunque expresamente no hayan manifestado su consentimiento. Esta prohibición cuenta con tres excepciones. Dos de ellas están expresamente recogidas en el articulado de la Carta de Naciones Unidas: autorización del uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad (art.42) y legítima defensa en caso de previo ataque armado (art.51) —que es lo que está ejerciendo legítimamente Ucrania tras el ataque ruso iniciado el 24 de febrero de 2022—. Además de estas dos excepciones, los pueblos sometidos a dominación colonial podrán usar la fuerza contra el Estado que les niegue su derecho a la libre determinación y use la fuerza para oprimirlos (Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas).

³ El Consejo de Seguridad, compuesto por 15 miembros, adopta sus decisiones en el marco del capítulo VII (mantenimiento de la paz y seguridad internacionales) por una mayoría de 9 votos (art.27), debiendo contar entre ellos con el voto afirmativo o la abstención de sus 5 miembros permanentes (China, EE.UU., Francia, Reino Unido y Rusia). En caso de que uno de los miembros permanentes vote en contra, la decisión no puede ser adoptada. Cuando tal sucede, se dice que ese miembro ha ejercido el *derecho de veto*.

⁴ Quien sí ha actuado es la Asamblea General, en el marco de la Resolución 377 (V) *Unión pro Paz* que le permite actuar de manera subsidiaria en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, cuando el Consejo de Seguridad esté bloqueado, como es el caso. Ha adoptado, hasta el momento tres resoluciones sobre Ucrania. Las dos primeras son la ES11/1, «Agresión contra Ucrania» (UN Doc A/RES/ES-11/1) y la ES-11/2, «Consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania» (UN Doc A/RES/ES-11/2); en ellas *deplora* la agresión y pide a Rusia el cese inmediato de las hostilidades. El 7 de abril de 2022 la Asamblea General tomó la medida extraordinaria de adoptar una resolución (UN Doc A/RES/ES-11/3), a raíz de imágenes y testimonios de atrocidades perpetradas contra la población civil de Ucrania, por la que suspendió la membresía de la Federación Rusa en el Consejo de Derechos Humanos.

Desde el inicio de la invasión rusa, son numerosísimas las violaciones de normas internacionales que se han producido en territorio de Ucrania por parte de Rusia. Además de la prohibición del uso de la fuerza como consecuencia del propio ataque armado, hay que mencionar la violación de la soberanía y la integridad territorial de Ucrania, tanto por la entrada ilegal en su territorio, como por el ilícito reconocimiento de la independencia de las regiones separatistas de Donetsk y Lugansk; el cual conlleva también la violación de la obligación de no injerencia en asuntos internos de este Estado⁵. Igualmente, hemos asistido a graves violaciones del núcleo duro de los derechos humanos, como actos de tortura y desplazamientos forzosos de personas; tal y como refiere en su quinto informe de 5 de julio de 2022, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet⁶. Sin olvidar, las cada vez más numerosas violaciones de las normas del derecho internacional humanitario: ataques indiscriminados contra zonas residenciales, escuelas, hospitales, infraestructuras sociales y otros objetos e infraestructuras civiles, provocando muertos y heridos entre la población civil⁷.

Todas estas normas que están siendo violadas de manera grave y sistemática por Rusia tienen como rasgo común que son normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)⁸ que son las normas más

⁵ Estas obligaciones, que tienen carácter *erga omnes*, están recogidas en el artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas de 1945; concretamente, en los párrafos 4, 1 y 7, respectivamente.

⁶ <https://www.ohchr.org/es/statements/2022/07/ukraine-high-commissioner-updates-human-rights-council>. A este respecto, debemos indicar que Rusia es parte de varios tratados de derechos humanos que han sido claramente vulnerados. Tal es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, de la Convención Internacional contra todas las formas de discriminación racial de 1966; del Convenio contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 1984; o del Convenio de los Derechos del Niño de 1989 (https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en).

⁷ Así consta en el quinto informe de 5 de julio de 2022, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, por la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, anteriormente referido. En esta línea, es importante retener que Rusia ha consentido en obligarse por todo el corpus normativo que conforma el llamado Derecho Internacional Humanitario. Siendo de aplicación al caso concreto los siguientes tratados en los que es parte: Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

⁸ La identificación de cuáles son las normas de *ius cogens* es, sin duda, una de las cuestiones más complejas que existen en el derecho internacional, fruto de la inexistencia de un

importantes que existen en derecho internacional. Las mismas son definidas por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 como normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Las normas imperativas de derecho internacional general reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.

Es importante tener muy presente el rango de las normas internacionales que han sido y están siendo violadas por Rusia, porque al tratarse de normas imperativas de derecho internacional general, en las que todos los Estados tienen un interés jurídico, generan obligaciones *erga omnes*. Esto conlleva importantes consecuencias jurídicas de las que cabe destacar, en este momento, que al violarse una obligación *erga omnes* se considera como Estado lesionado a todos los que conforman la comunidad internacional, lo que legitima que cualquier Estado pueda actuar contra el Estado infractor aplicando contramedidas; tal y como se desprende de los artículos 48 y 54 del *Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de 2001⁹. Es decir, que todas las sanciones que se han impuesto y

texto positivo que las enumere. Cuestión sobre la que ha tenido oportunidad de manifestarse la Comisión de Derecho Internacional (CDI), según se recoge en el Informe de su 71.º periodo de sesiones, celebrado en 2019 (A/74/10).

No obstante, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia —que se ha pronunciado sobre la materia en varios asuntos, destacando el inicial de la *Barcelona Traction* de 1960—, y de otros textos internacionales —como la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, el art. 19 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados de 1996, o el referido Informe de la CDI de 2019—, se puede afirmar la existencia de un núcleo mínimo, básico e indiscutible de normas internacionales imperativas, formado por las siguientes: la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza entre los Estados; la prohibición de intervenir en los asuntos que sean de la jurisdicción exclusiva de otro Estado; la prohibición de establecer o mantener por la fuerza situaciones de dominación colonial y el derecho a la libre determinación de los pueblos; la igualdad soberana de los Estados y la integridad territorial; y la obligación de respetar y proteger los derechos humanos básicos y las libertades fundamentales de los individuos, tales como la prohibición del genocidio, del apartheid, de la esclavitud, o de la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. Por lo que resulta absolutamente fundamentado concluir que las normas que hemos indicado han sido violadas por Rusia son normas de *ius cogens*.

⁹ El texto del Proyecto de Artículos fue recogido en la Resolución A/RES/56/83, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 2001. Se trata de un texto codificador que sistematiza y recoge por escrito las normas consuetudinarias existentes en la materia.

se puedan imponer a Rusia por parte de otros Estados o de Organizaciones Internacionales, como es el caso de la Unión Europea, son absolutamente legítimas sobre la base del derecho internacional.

Más aún. No es que tengan derecho a imponerlas, es que tienen la obligación de intervenir para intentar poner freno a esta barbarie. Y esto es así, en la medida en que el derecho internacional obliga a toda la comunidad internacional —Estados y organizaciones internacionales— a cooperar para poner fin a aquellas situaciones ilícitas resultantes de la violación grave de normas imperativas, como la que se está produciendo en Ucrania. Así lo dispone expresamente el artículo 41 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de 2001¹⁰, en los siguientes términos:

«Artículo 41: Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo.

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional».

Sobre esta obligación de cooperación y de no reconocimiento de las situaciones resultantes de violaciones de normas de *ius cogens* ha tenido ocasión de manifestarse de una manera clara y contundente la Corte Internacional de Justicia en la Opinión consultiva *sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Efectivamente, en su dictamen de 9 de julio de 2004, al referirse a la grave violación de normas fundamentales que supone la construcción por parte de Israel del muro en territorio palestino —concretamente, el principio de libre determinación de los pueblos que tiene carácter de *ius cogens*—, ha tenido ocasión de afirmar claramente que, habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos

¹⁰ En idéntico tenor se manifiesta el artículo 41 del *Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado en 2011 por la Comisión de Derecho Internacional en su 63.ª periodo de sesiones.

y obligaciones involucrados, todos los Estados tienen la obligación de no reconocer una situación ilegal resultante de la violación de los mismos; tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal violación; así como de poner fin a la misma. Obligaciones que también incumben a las organizaciones internacionales. En este sentido, afirma la Corte que Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad deben considerar las medidas adicionales necesarias para poner fin a una situación ilegal de estas características¹¹.

Siendo esto así, se equivocan de plano quienes cuestionan tanto las sanciones, como la ayuda que está recibiendo Ucrania. Pues, como hemos señalado, no solo es legítima, sino que es obligatoria.

Es importante insistir en que estamos ante graves violaciones de normas internacionales por parte de Rusia. Porque, más allá de la posible responsabilidad penal individual de las personas que están cometiendo estas atrocidades y de la que han hecho constante referencia los medios de comunicación desde el inicio de la agresión, comenzando por Vladimir Putin y continuando por los mandos militares que están en el terreno¹² —como pudiera ser el caso del comandante de la Guardia Nacional Rusa, Sergey Kolotsey, al que la Fiscalía ucraniana apunta como principal sospechoso de

¹¹ ICJ Reports, 2004, pp. 159 y 160.

¹² El tribunal internacional que ha empezado a conocer de la posible responsabilidad penal individual por los crímenes cometidos en Ucrania es la Corte Penal Internacional que ha abierto investigación al respecto el 2 de marzo de 2022. En el presente caso, la legitimación para que el fiscal general haya iniciado la fase previa de investigación tiene una doble fundamentación. Por un lado, se fundamenta en el hecho de que Ucrania (que no es Estado parte del Estatuto de Roma de la CPI de 1998) haya hecho, de conformidad con el artículo 12.3 del Estatuto de la CPI, dos declaraciones de aceptación de la competencia de la CPI para conocer de posibles crímenes internacionales cometidos en su territorio: una el 9 de abril de 2014 en relación con los crímenes cometidos en territorio ucraniano durante el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014; y otra, el 8 de septiembre de 2015, por la que extiende este periodo indefinidamente hacia el futuro. Por tanto, la Corte es, en principio, competente respecto de todos los crímenes del artículo 5 cometidos en el territorio nacional de Ucrania desde el 21 de noviembre de 2013 (salvo el crimen de agresión respecto del cual la CPI solo puede conocer si son Estados Partes del Estatuto quienes lo presentan). Y, por otro, 43 Estados Parte del Estatuto han solicitado al fiscal, mediante una remisión colectiva, la investigación de los crímenes cometidos en Ucrania, reforzando así su actuación y acortando la fase previa del proceso. La información del proceso de la CPI en relación con Ucrania puede consultarse en: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>.

la matanza de Bucha¹³—, de lo que no hay ninguna duda es de la responsabilidad internacional del Estado ruso¹⁴.

Pues tengamos en cuenta que Vladimir Putin es el jefe del Estado ruso que ha actuado y está actuando en el ejercicio de sus funciones. Y lo mismo podríamos decir de todos aquellos militares que están actuando sobre el terreno llevando a cabo esa invasión del territorio de Ucrania, usando la fuerza ilegalmente contra ese Estado y contra su población con tan lesivas consecuencias. Lo que significa que esos actos de violación de normas internacionales no son meros actos de particulares, sino que son actos de Estado, del Estado ruso, atribuibles por tanto a Rusia¹⁵ que está cometiendo con ello innumerables hechos ilícitos que originan su responsabilidad internacional, por los que tendrá que indemnizar debidamente por todos los daños causados, como en su momento Alemania tuvo que indemnizar por los daños causados en la Segunda Guerra Mundial.

Es decir, en el conflicto de Ucrania, estamos ante una situación en la que puede activarse, tanto la responsabilidad penal internacional de los individuos por los crímenes cometidos, como la responsabilidad internacional de Rusia por los hechos ilícitos que le son atribuidos derivados de las violaciones de normas internacionales realizadas por sus órganos en el ejercicio de sus funciones. Esto es algo perfectamente viable. Una misma situación, unos mismos hechos pueden suponer de manera coincidente la responsabilidad penal de la persona, y la responsabilidad internacional del Estado al que esa persona representa.

Esto lo dijo muy claramente la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la represión y castigo del genocidio*, demanda de Bosnia-Herzegovina contra Serbia, donde la Corte se planteó que el genocidio de la población musulmana en Srebrenica podría conllevar, además de la responsabilidad penal individual de los integrantes de las fuerzas paramilitares autores materiales del mismo —los cuales fueron juzgados por el Tribunal penal de la antigua Yugoslavia crea-

¹³ Según se hacía eco la prensa, el 3 de mayo de 2022 (https://www.lespanol.com/mundo/20220503/sergey-kolotsey-responsable-masacre-bucha-identificado-ucrania/669683195_0.html)

¹⁴ La responsabilidad internacional del Estado surge cuando este comete un hecho internacionalmente ilícito, el cual está compuesto por dos elementos: la violación de una obligación internacional y la atribución de esa violación al Estado (art.2 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2001). Tal y como establece el mencionado proyecto, el Estado responsable está obligado a cesar en la conducta ilícita y a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito (arts. 30 y 31).

¹⁵ Así lo establece claramente el artículo 4 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2001, en concomitancia con lo dispuesto en el artículo 7.

do *ad hoc* por el Consejo de Seguridad en 1993¹⁶—, también la propia responsabilidad del Estado de Serbia por esos actos de genocidio. Pues afirma la Corte que *los Estados también pueden ser responsables por la comisión de crímenes aun cuando a ellos no se les pueda sentar en el banquillo*. Y, aunque en su sentencia de 26 de febrero de 2007 no estableció la responsabilidad directa de Serbia por los actos de genocidio porque las fuerzas que los realizaron no estaban bajo su control —situación distinta a la de Rusia actualmente—, sí estableció su responsabilidad por la falta de diligencia en la prevención y castigo del genocidio, porque ni lo evitó ni facilitó la labor del Tribunal Penal para juzgar a los criminales¹⁷.

Este mismo planteamiento lo debemos hacer en el caso que nos ocupa de la invasión de la Ucrania. Es decir, debemos tener muy presente que aquí, además de la responsabilidad penal individual, estamos clarísimamente ante responsabilidad internacional estatal que es la que abordamos en el presente trabajo.

Y ya que nos hemos referido a la oportunidad de sentar en el banquillo, la gran pregunta que nos planteamos es cuál es la posible respuesta judicial que nos da el derecho internacional para poder juzgar a Rusia por los hechos ilícitos cometidos en Ucrania y determinar su responsabilidad internacional. En esta línea, son dos los tribunales internacionales que pueden o podrían entrar a juzgar la responsabilidad internacional de Rusia: Corte Internacional de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pasamos a exponer ambas posibilidades.

2. RUSIA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Llegado el momento de reflexionar sobre un posible tribunal internacional con competencia para poder conocer de la posible responsabilidad internacional de la Federación Rusa, dada la variedad de normas que han sido y están siendo violadas por este Estado, sin duda, la jurisdicción ideal sería la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que es el órgano judicial de Naciones Unidas, con sede en La Haya, que conoce de controversias

¹⁶ Efectivamente, dicho tribunal fue creado por la Resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, que decidió «la creación de un tribunal internacional para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia después de 1991».

¹⁷ ICJ Reports, 2007, p. 471, pp. 238-239.

jurídicas entre Estados¹⁸. Esta es la única instancia judicial con competencia general para conocer de la violación de cualquier norma internacional cometida por un Estado, tal y como expresamente recoge el artículo 36 de su Estatuto¹⁹.

2.1. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN GENERAL

Como es bien sabido, todo el ordenamiento jurídico internacional está fundamentado en el principio de soberanía estatal, expresamente recogido en el artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas. La presencia de este principio fundamental conlleva como consecuencia inmediata que, de igual manera que un Estado no está obligado a respetar una norma internacional si no ha manifestado su consentimiento en obligarse por la misma²⁰, tampoco puede ser juzgado por ningún tribunal internacional si expresamente no ha aceptado su competencia. Esto resulta de aplicación a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) cuya jurisdicción no es obligatoria sino faculta-

¹⁸ El funcionamiento de la CIJ viene regulado en la Carta de Naciones Unidas, el Estatuto de la CIJ y el Reglamento de la CIJ (adoptado en 1946, y objeto de varias revisiones, la última en octubre de 2019). Según el artículo 2 del Estatuto, la Corte es un cuerpo de magistrados independientemente elegidos sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean juriconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional. La Corte se compone de 15 miembros, elegidos por un periodo de nueve años, pudiendo ser reelegidos, procediéndose cada tres años a la renovación de un tercio de los mismos, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado. Esta composición ha de representar las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo, exigencia que se ha traducido, mediante un acuerdo político tácito, en la siguiente distribución: 3 jueces africanos, 3 asiáticos, 2 latinoamericanos, 2 de Europa oriental y 5 de Europa occidental y otros, con la presencia de jueces de la nacionalidad de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Los jueces son elegidos por mayoría absoluta de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad (no hay derecho de veto).

No se debe confundir la Corte Internacional de Justicia con la Corte Penal Internacional a la que nos hemos referido anteriormente, como lamentablemente se hace con frecuencia. Pues, si bien, ambas tienen su sede en La Haya, la Corte Internacional de Justicia juzga a Estados, mientras que la Corte Penal Internacional juzga a individuos.

¹⁹ Efectivamente, dispone el artículo 36 en su párrafo 1 que «La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes».

²⁰ En este sentido, fruto del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, el artículo 34 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 establece que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

tiva. No basta con ser parte del Estatuto de la CIJ, es necesario consentir dicha jurisdicción. El fundamento, por tanto, de la jurisdicción contenciosa de la CIJ para poder conocer de controversias jurídica entre Estados se basa en el consentimiento de los Estados parte en la controversia.

Dicho consentimiento se puede expresar en un momento posterior al surgimiento de la controversia, mediante un acuerdo *ad hoc* de sometimiento a la CIJ (como el compromiso especial suscrito en Marrakech, el 15 de noviembre de 2016, entre Gabón y Guinea Ecuatorial para someter a la CIJ la delimitación de su frontera terrestre y marítima y la soberanía sobre las islas, que fue finalmente notificado a la Corte el 5 de marzo de 2021). El consentimiento puede ser prestado *ad hoc* tácitamente, mediante la realización de actos concluyentes ante la CIJ, a través de la figura del *forum prorogatum* (derivada de lo dispuesto en el art.38.5 Reglamento de la CIJ), y responde a la no exigencia de una forma determinada para aceptar la jurisdicción de la Corte. Esta posibilidad tiene lugar en el supuesto de que se presente una demanda por un Estado que sí ha aceptado la jurisdicción de la Corte, frente a otro que no la ha aceptado expresamente. Cuando se presentan demandas de estas características, la Corte traslada la demanda al demandado con la invitación a que acepte la jurisdicción para ese caso concreto. Tal aceptación puede hacerse de forma expresa, o también puede deducirse de una conducta concluyente del demandado, la cual se produce cuando, en lugar de presentar la oportuna protesta o negativa para que la Corte conozca del asunto, contesta a la demanda presentando sus argumentos sobre el fondo del asunto; se entiende que ello constituye una manifestación implícita de voluntad por la que consiente que la CIJ resuelva la controversia²¹.

El consentimiento puede prestarse antes de que surja el conflicto, aceptando así la jurisdicción de la CIJ para controversias que puedan surgir en el futuro. Este consentimiento se puede recoger en acuerdos generales de arreglo pacífico de controversias, tales como el Pacto de Bogotá de 1948. O puede tratarse de cláusulas compromisorias que son aquellas disposiciones incluidas en un tratado internacional que prevé el recurso a la Corte Internacional de Justicia en caso de controversia. Estas cláusulas pueden ser generales, cuando establecen la sumisión a la CIJ respecto de cualquier controversia futura; o especiales, cuando limitan el recurso a la CIJ para las controversias que originen la interpretación o la aplicación

²¹ Esta situación se ha presentado en 9 casos (el último en 2014, por parte de las islas Marshall), habiendo sido aceptada solo la jurisdicción por parte del demandado solo en dos ocasiones; en ambas se ha tratado de Francia (en 2002, frente a RD Congo; en 2006, frente a Djibouti).

(la no aplicación) de las disposiciones del tratado en que se insertan — por ejemplo—, el artículo 1 del Protocolo Facultativo a la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, utilizado para demandar a EE.UU. ante la CIJ en los asuntos *Breard* —por Paraguay—, *LaGrand* —por Alemania—, y *Avena* —por México—. Hay que indicar que este último tipo de cláusulas compromisorias son el fundamento más frecuente de la competencia de la Corte Internacional de Justicia²².

También puede consentirse la competencia de la CIJ mediante la coincidencia de declaraciones unilaterales por las que los Estados reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de convenio especial, su jurisdicción respecto a cualquier otro Estado que también haya formulado una declaración similar, según lo dispuesto en el artículo 36.2 del Estatuto²³. En este supuesto, habrá que tener en cuenta las condiciones, reservas, y plazos de duración a la que los Estados suelen someter sus declaraciones, pues la eficacia de estas declaraciones en la práctica no solo se ve limitada por el hecho de que son facultativas (actualmente tan solo 73 Estados, de los 193 parte del Estatuto, han hecho esa declaración²⁴), sino también porque la mayoría de los que lo han hecho las han sometido a limitaciones temporales y a reservas que restringen su aplicación a determinadas condiciones o circunstancias. Así, encontramos reservas: por razón del tiempo (se excluyen controversias surgidas antes de determinado momento, a partir de determinada fecha, relativas a un periodo concreto...; es el caso de la declaración española); por razón de los sujetos (se descartan las controver-

²² La lista de tratados que incluyen una cláusula compromisoria reconociendo la competencia de la Corte Internacional de Justicia en relación con las controversias relativas a la interpretación y la aplicación del mismo puede consultarse en el siguiente enlace de la Web de la Corte: <https://www.icj-cij.org/en/treaties>.

²³ Expresamente el artículo 36 del Estatuto de la CIJ dispone:

«2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a. la interpretación de un tratado;
- b. cualquier cuestión de derecho internacional;
- c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
- d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

3. La declaración a que se refiere este Artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo».

²⁴ Los Estados que han hecho una declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción de la CIJ puede consultarse en la Web de la Corte en el siguiente enlace: <https://www.icj-cij.org/en/declarations>.

sias con determinados Estados; como las que incorporan las declaraciones de los Estados de la Commonwealth para excluir las controversias entre ellos); y/o por razón de la materia (excepcionan determinadas categorías de controversias; tal es la reserva de la declaración canadiense que excluye las controversias relativas a la zona NAFO²⁵).

2.2. Y SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CIJ EN LA CONTROVERSIAS DE UCRAINA EN PARTICULAR

La situación jurídica anteriormente expuesta supone que, si bien la CIJ sería la instancia idónea desde el punto de vista material para juzgar a Rusia por los hechos referidos, la posibilidad de que pueda llegar a entrar a conocer de las violaciones cometidas está supeditada a la aceptación de su jurisdicción.

De ahí que debamos plantearnos a continuación si ha aceptado Rusia la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, según las diferentes modalidades anteriormente referidas.

Por lo que se refiere a la celebración de un acuerdo *ad hoc*, no solo no existe, sino que resulta bastante improbable que llegue a celebrarse en el contexto actual. Máxime si tenemos en cuenta el reiterado fracaso de las negociaciones entre ambas partes; así como los intentos de mediación producidos, como los llevados a cabo por Naciones Unidas a través de su secretario general, Antonio Guterres que han llegado a contar incluso con el respaldo del Consejo de Seguridad a través de la Resolución S/PV.9028, adoptada el 6 de mayo de 2022. Tampoco se ha recurrido, hasta la fecha, a la figura del *forum prorogatum*, que se antoja imposible en este conflicto.

Esto nos lleva a valorar las posibilidades de manifestación del consentimiento *ante hoc*. En este sentido, nos encontramos con que Rusia no ha realizado la declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción de la CIJ prevista en el artículo 36 del Estatuto, la cual, como hemos indicado, legitimaría a la Corte para conocer en condiciones de reciprocidad de cualquier controversia jurídica que surgiera relativa a cualquier norma internacional. En esta misma línea, no existe un acuerdo general de arreglo pacífico de controversias del que sean partes Rusia y Ucrania que habilite la actuación de la Corte Internacional de Justicia. Lo que impide una demanda por todas

²⁵ Acrónimo en inglés de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (Northwest Atlantic Fisheries Organization).

las violaciones que hemos señalado antes ha cometido y está cometiendo Rusia.

Solo nos queda, por tanto, la vía de las cláusulas compromisorias. No hallamos ninguna cláusula de carácter general en un tratado del que ambos Estados sean parte. Lo que limita la posibilidad a las cláusulas especiales que reconocen la competencia de la Corte pero solo en relación con la aplicación y/o la interpretación de ese tratado que la contiene. Una posibilidad que, como veremos, sí se da en el caso concreto pero que limita mucho la respuesta judicial ante la responsabilidad internacional de Rusia ante las violaciones cometidas en Ucrania, porque son muy pocos los tratados con cláusula compromisoria que puedan verse afectados por la actuación rusa. Pasemos, pues, a examinar las opciones según las normas que hemos indicado al inicio de este trabajo han sido violadas por el Estado ruso.

Nos hemos referido, primeramente, a la violación de la prohibición del uso de la fuerza, del respeto de la soberanía territorial de Ucrania y de la no injerencia en los asuntos de orden interno ucranianos. Estas obligaciones internacionales están recogidas en la Carta de Naciones Unidas de 1945 de la que Rusia es Estado parte —por lo que está obligado a cumplirlas—, pero la Carta no contiene ninguna cláusula compromisoria reconociendo la competencia de la CIJ en caso de violación de las disposiciones de la misma. Por lo que la Corte no puede conocer de estas violaciones.

También hemos hecho referencia a violaciones del derecho internacional humanitario regulado en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos, de los que Rusia también es parte. Ninguno de ellos tiene cláusula compromisoria. La Corte tampoco podrá conocer de estas violaciones.

Y, por último, hemos aludido a violaciones de los derechos humanos. En este ámbito del derecho internacional de los derechos humanos existen varios tratados que contienen una cláusula compromisoria reconociendo la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en relación con las controversias que pudieran surgir entre sus Estados parte relativas a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de ese tratado. Tratados que deben cumplir dos condiciones para que puedan ser de aplicación respecto del conflicto de Ucrania:

- La primera, que el contenido del mismo pueda verse o haberse visto afectado por los acontecimientos sucedidos desde el 24 de febrero de 2022.
- La segunda, que la Federación Rusa sea Estado parte del tratado en cuestión.

Pues bien, de los tratados de derechos humanos que tienen cláusula compromisoria de jurisdicción y de los que Rusia es parte y que podrían

ser de aplicación en este conflicto²⁶, a nuestro parecer el más evidente y adecuado para juzgar a Rusia es la *Convención contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes* de 10 de diciembre de 1984²⁷, ratificada por Rusia el 3 de marzo de 1987 y por Ucrania el 24 de febrero de 1987.

De conformidad con lo dispuesto en su artículo 1.1:

«A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».

Teniendo presente esta definición, entendemos que en el caso de la actuación rusa en Ucrania se cumplen perfectamente los requisitos de tortura contenidos en la misma:

1. Elemento *material*: se deben infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales²⁸. En este sentido, nos encontramos con que cada vez son más frecuentes los hallazgos de fosas comunes con cuerpos atados y mutilados. Tras semanas de investigaciones, Naciones Unidas ha corroborado 124 casos de presunta violencia sexual cometidos en la guerra en Ucrania; 56 de las 124 denuncias se refieren a mujeres, 59 son de menores, 41 de niñas, siete de niños, y en un caso se desconoce el sexo. 19 de las denuncias son

²⁶ Hay otros tratados de derechos humanos igualmente afectados por la actuación rusa de los que también es Estado parte, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención de los Derechos del Niño, pero ninguno de ellos contiene una cláusula compromisoria reconociendo la competencia de la Corte Internacional de Justicia.

²⁷ United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85.

²⁸ Cabe indicar que la diferencia jurídica entre la tortura y las otras formas de malos tratos reside en el nivel de gravedad del dolor o del sufrimiento infligido.

- de hombres, incluyendo violación, intento de violación, desnudez pública forzada y amenaza de violencia sexual²⁹.
2. Elemento *intencional*. Implica la exigencia del cumplimiento de una determinada finalidad como objetivo fundamental para la consideración de un comportamiento como tortura, que se concreta en la obtención de información, de confesión, castigar por un acto que se ha cometido o se sospeche que se ha cometido, intimidar, coaccionar o cualquier otra razón de tipo discriminatorio. De conformidad con esa referencia *in fine*, la Convención de 1984 ha optado por un elemento teleológico más diluido habida cuenta de que permite *cualquier razón* como motivadora del acto de tortura. Por lo que, cualquier acto que cumpla el elemento material, podría estar cumpliendo el elemento intencional bajo el paraguas de esa referencia final.
 3. Elemento *personal*: debe tratarse de un funcionario o persona bajo control del Estado. En este caso, estaríamos refiriéndonos a la actuación de soldados rusos en territorio ucraniano que, obviamente, son funcionarios del Estado ruso; también podríamos incluir la actuación de posibles grupos de mercenarios o de combatientes externos que están, claramente, bajo el control de Rusia.

Una vez establecido que se han llevado a cabo actos de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes en Ucrania atribuibles a Rusia que suponen una violación de la Convención de 1984, queda por determinar la competencia de la CIJ para conocer de los mismos. A este respecto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 30 que reconoce dicha competencia, en los siguientes términos:

«Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte».

²⁹ <https://es.euronews.com/2022/06/06/la-onu-documenta-124-casos-de-presunta-violencia-sexual-cometidos-por-soldados-rusos-en-uc>

Habida cuenta de que tanto Rusia como Ucrania son Estados partes de la Convención de 1984, tomando como fundamento esta disposición y fracasadas las negociaciones, Ucrania estaría legitimada para presentar una demanda contra Rusia ante la Corte Internacional de Justicia por todos los posibles actos de tortura y otros tratos inhumanos cometidos por soldados rusos o tropas bajo su control.

Pero, debemos tener igualmente en cuenta que Ucrania no es el único Estado legitimado para demandar a Rusia ante la CIJ. Tal y como hemos señalado en el primer apartado de este trabajo, la prohibición de la tortura tiene el rango de norma imperativa de derecho internacional general. Esto supone, como ya hemos indicado, que cuando se viola esta norma al contener una obligación *erga omnes*, se está lesionando a toda la comunidad internacional en su conjunto, lo que legitima a cualquier Estado parte de la convención contra la tortura³⁰ a presentar una demanda contra Rusia por los hechos acontecidos en Ucrania.

El fundamento jurídico para esta posible *actio popularis* lo encontramos en el artículo 48 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001:

«Artículo 48

Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

- a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o
- b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

- a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y

³⁰ Actualmente, los Estados Partes son 173. Lo que supone que hay 171 Estados que, además de Ucrania, podrían demandar a Rusia ante la Corte Internacional de Justicia. La información puede consultarse en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en.

- b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada».

Además de la Convención contra la tortura, también podría tener entrada la *Convención contra la discriminación racial* de 7 de marzo de 1966³¹, cuyo artículo 22 prevé que toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la Convención, que no se resuelva mediante negociaciones, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia. Esta cláusula sirvió de fundamento jurídico de la competencia de la Corte para conocer de la demanda interpuesta por Ucrania el 16 de enero de 2017 contra Rusia, por las violaciones de las minorías ucranianas y tártaras en Crimea³². Actualmente, en los territorios controlados por Rusia se está produciendo discriminación contra la población ucraniana, por lo que se podría también utilizar este tratado para presentar una nueva demanda contra Rusia.

Y, finalmente, debemos referirnos a la *Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio* de 9 de marzo de 1948³³, del que también son Estados partes Rusia y Ucrania³⁴. Este es el tratado que ha sido utilizado por Ucrania para demandar a Rusia ante la CIJ el 26 de febrero de 2022, como expondremos a continuación.

2.3. LA DEMANDA DE UCRANIA CONTRA RUSIA DE 26 DE FEBRERO DE 2022

Dos días después de comenzar la invasión, el 26 de febrero de 2022, Ucrania presentó una demanda contra Rusia ante la Corte Internacional de Justicia para iniciar procedimiento en relación con las operaciones militares iniciadas por la Federación Rusa en territorio ucraniano y poder,

³¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, p. 195.

³² Asunto relativo a la *Aplicación de la convención Internacional para la supresión de la financiación del terrorismo y de la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (<https://www.icj-cij.org/en/case/166>).

³³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277.

³⁴ Rusia ratificó la Convención el 3 de mayo de 1954, mientras que Ucrania lo hizo el 15 de noviembre de 1954. La Convención cuenta con 153 Estados Partes (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en).

en cierta manera, determinar la responsabilidad internacional del Estado ruso³⁵.

La solicitud se basa en el artículo IX de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio de 1948, a la que nos hemos referido anteriormente, que dispone:

«Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia».

En dicha demanda, Ucrania no acusa a Rusia de cometer genocidio. Sería imposible que prosperase tal acusación apenas dos días después del inicio de la agresión, pues, como es bien sabido, es necesaria la confluencia de dos elementos para que se produzca este tipo de delictivo. Por un lado, el acto material o *actus reus* que conlleve la desaparición de un grupo determinado. Y, por otro, el dolo intencional, es decir, realizar ese acto con la intención de hacer desaparecer al grupo concreto al que va dirigido. Así lo establece el artículo II de la Convención, en los siguientes términos:

«En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo».

A la vista de las exigencias requeridas para que estemos ante el delito de genocidio, entendemos que las mismas no pueden generarse en tan

³⁵ <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>.

corto lapso de tiempo. Ni siquiera ahora, varios meses después del inicio de la invasión, podemos afirmar que se dé aún la concurrencia de los elementos constitutivos del genocidio.

La construcción jurídica planteada por Ucrania en su demanda es sumamente interesante. La misma se articula en torno a la alegación realizada por Vladimir Putin como fundamento de su invasión a la que nos referíamos al inicio de este trabajo: que lo hacía para evitar y prevenir el genocidio cometido por Ucrania. Con el planteamiento articulado en su demanda, Ucrania quiere demostrar la ausencia de buena fe y la utilización indebida de la Convención sobre genocidio; en particular, la falsa y procaz argumentación de Putin de que la invasión militar rusa era la respuesta para interrumpir la supuesta comisión del genocidio que Ucrania contra la minoría rusa del Dombás. Al mismo tiempo que va a intentar conseguir que, con sus preguntas, la Corte entre a valorar y se pronuncie sobre la violación de la prohibición del uso de la fuerza y las subsiguientes consecuencias que la invasión ha generado. Exponemos, a continuación, esa estrategia procesal.

En su demanda, Ucrania niega el genocidio del que le acusa Rusia y le pide a la Corte Internacional de Justicia que se pronuncie, básicamente, sobre tres cuestiones:

1. Que determine si ella, Ucrania, no Rusia, ha cometido genocidio tal y como afirmó Vladimir Putin que estaba haciendo, para justificar su operación militar especial. Esta primera cuestión reviste el mayor interés porque así Ucrania se asegura dos cosas. Por un lado, que la Corte se declare competente; esto es de suma importancia porque, sin duda, la primera reacción de Rusia ante la demanda será la de presentar una excepción preliminar de incompetencia —de conformidad con lo regulado en los artículos 36.6 del Estatuto y 79 del Reglamento—, alegando que la CIJ no es competente y que desestime el asunto. Así sucedería si Ucrania hubiese acusado a Rusia de genocidio, pero no según el tenor de la demanda, pues Ucrania le pide que valore su propia conducta según lo que dispone la Convención de 1948 para determinar si la ha violado, como afirma Rusia, o no, como sostiene Ucrania.

A esto no puede negarse la Corte y tiene plena competencia de conformidad con el artículo IX mencionado, porque estamos ante una controversia relativa a la aplicación, cumplimiento e interpretación de la Convención sobre genocidio. Por otro, al pronunciarse sobre esta primera cuestión se presupone que llegará a la conclusión de

que no ha habido genocidio alguno por parte de Ucrania en Dombás, lo que deslegitimará y desmontará toda la acción de Rusia.

2. Seguidamente, Ucrania le plantea a la CIJ una cuestión de interpretación de la Convención del genocidio, lo que entra perfectamente en el marco de su competencia según el artículo IX de la misma. Concretamente, le solicita que determine si hay alguna disposición en la Convención sobre el genocidio que legitime a un Estado a una intervención armada para cumplir con su obligación de prevenir el genocidio que recoge el artículo I de la Convención³⁶. Es obvio que no la hay, no aparece en el articulado de la Convención, ni tampoco en ningún otro texto internacional, y Ucrania es conocedora de ello. Pero, al obligar a la Corte a interpretar la convención para determinar si existe ese derecho de intervención armada para cumplir con la obligación de prevenir el genocidio, le está obligando a pronunciarse sobre el uso ilegal de la fuerza armada por parte de Rusia.
3. En este mismo ámbito interpretativo, Ucrania solicita en su demanda a la Corte que dictamine si el reconocimiento de la independencia de Donetsk y Lugansk, que Rusia ha hecho sobre la base de evitar el genocidio, tiene cabida y fundamento en dicha convención. Resulta igualmente muy evidente que no lo tiene; ni siquiera existe fundamento alguno para considerar que reconocer la independencia de una entidad territorial secesionista tenga efectividad alguna como medio para prevenir o evitar un genocidio. Pero, al pronunciarse sobre esta cuestión interpretando la convención, la Corte determinará que ese reconocimiento no tiene base legal, por lo que comporta, igualmente, un hecho ilícito internacional.

Junto con la demanda, Ucrania también presentó una *solicitud de medidas provisionales*, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto y los artículos 73-78 del Reglamento. El objeto de dicha solicitud es el de proteger sus derechos a no ser objeto de una falsa denuncia de genocidio y a no ser objeto de operaciones militares de otro Estado en su territorio. En el marco de este procedimiento, en la vista del día 7 de marzo de 2022 sobre la solicitud de medidas provisionales contra Rusia, las autoridades rusas no comparecieron y remitieron una escueta comunicación negando que la Corte tuviera competencia para conocer la demanda de Ucrania. Una semana después, el alto Tribunal de Naciones Unidas otorgó amparo a la solicitud

³⁶ El artículo I dispone:

«Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar».

de Ucrania, y en la votación de los 15 magistrados, por una mayoría de 13 votos a favor y 2 en contra³⁷, se ordenaron las medidas cautelares contra la Federación Rusa solicitadas por Ucrania:

- la suspensión inmediata de todas las operaciones militares rusas; y
- el deber de garantizar que Rusia no brindará asistencia a ninguna unidad armada militar o grupo irregular que pudiera estar apoyando o promoviendo acciones militares.

Además, por unanimidad determinó que ambos Estados deben abstenerse de cualquier conducta que pueda agravar la situación. En cambio, rechazó la medida de reporte periódico de cumplimiento porque consideró que su decisión es suficiente en sí misma y que debe cumplirse³⁸.

Como decíamos, estamos ante una interesante estrategia jurídica procesal que de momento está dando resultado, porque en esa Orden de 16 de marzo de 2022 adoptando medidas provisionales, la Corte se ha declarado competente y ha determinado que hay una disputa entre los dos países sobre la interpretación, aplicación y cumplimiento de la convención. Prueba de la trascendencia e impacto de este asunto es que, por vez primera, se ha utilizado el mecanismo de intervención de terceros previsto en el artículo 63 del Estatuto de la CIJ, según el cual, cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, estos tendrán derecho a intervenir en el procedimiento, quedando igualmente obligados por el fallo³⁹.

La Corte también entendió que los derechos que, según Ucrania, violó Rusia son plausibles, verosímiles; concretamente, los de no ser acusado falsamente de genocidio y no ser invadido sobre la base de esa falsa acusación. La Convención de Genocidio, explicó el tribunal, dispone que los Estados deben prevenir y sancionar ese crimen y, aunque no especifica cómo deben hacerlo, el tratado debe ser interpretado de buena fe. Algunos modos legales de prevenir y sancionar el genocidio ya están en la propia convención: someter el tema ante los organismos competentes de la Carta de la ONU o incluso llevar un caso ante la CIJ; aunque puede haber otras

³⁷ Los dos jueces que fallaron en contra fueron la jueza china Xue Hanqin, y el juez ruso Kirill Gevorgian.

³⁸ <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>.

³⁹ A fecha 22 de septiembre de 2022, ya son 32 los Estados que han presentado dicha solicitud de intervención; yendo el número en aumento, desde que Letonia presentara la primera el 21 de julio. La información puede consultarse en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/182/intervention>

medidas como tratados bilaterales. Pero lo que seguro no se puede hacer para prevenir y sancionar el genocidio, afirma la Corte, es violar el derecho internacional ni el espíritu de los principios de paz, cooperación y amistad entre Estados previstos en el documento fundante de Naciones Unidas. Para la Corte Internacional de Justicia, los derechos de Ucrania son estimables porque no hay ninguna evidencia, de momento, del genocidio alegado por Rusia, ni elementos para sostener que la convención autoriza el uso unilateral de la fuerza para prevenir y sancionar el genocidio.

Aunque tenga el formato de *orden (order-ordonnance)* y no de sentencia, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia adoptando medidas provisionales son jurídicamente vinculantes para el Estado al que se le imponen⁴⁰. Es obvio, que Rusia no ha cumplido las medidas impuestas por la CIJ, pues no ha cesado en sus operaciones militares y sigue apoyando acciones de fuerzas irregulares y otros grupos armados, lo que supone nuevos hechos internacionalmente ilícitos por su parte. Aquí nos encontramos con una nueva *debilidad* del ordenamiento jurídico internacional, cual es que las sentencias internacionales, si bien son obligatorias, tienen carácter declarativo al carecer este ordenamiento de un sistema de ejecución. De hecho, el único mecanismo de ejecución que existe, lo es en relación con las sentencias de la CIJ. Tal es el previsto en el artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas que dispone:

«1. Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.

2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo».

El problema evidente que nos encontramos en el presente caso es que, habida cuenta de que Rusia es miembro permanente del Consejo de Seguridad, vetará su actuación para constreñirle a ejecutar las órdenes y sentencias de la Corte Internacional de Justicia. Tal y como ya ha hecho en relación con la posibilidad de imponer sanciones por parte de este mismo órgano.

⁴⁰ Así lo determinó de manera contundente la propia Corte Internacional de Justicia en la Sentencia de 27 de junio de 2001, en el Asunto *La Grand* (Alemania c. EEUU) (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>).

3. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA INSTANCIA JUDICIAL CON LIMITADA EFECTIVIDAD EN ESTE CASO

La otra instancia judicial internacional que igualmente puede determinar la responsabilidad internacional de la Federación Rusa por las vulneraciones de normas internacionales cometidas en Ucrania es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano judicial del Consejo de Europa con sede en Estrasburgo. Si bien, en el caso de este tribunal, su competencia estaría limitada a las posibles violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales recogidas en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos⁴¹ —ratificado por Rusia el 5 de mayo de 1998⁴²— que se hubieran producido como consecuencia de los continuos ataques a las personas y a sus bienes (derecho a la vida, prohibición de la tortura, derecho de propiedad...).

Como es bien sabido, el TEDH conoce fundamentalmente de demandas individuales presentadas de conformidad con el artículo 34 del Convenio de Roma⁴³. En este caso, podrían interponer demanda las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupo de particulares que se consideren víctimas de estas violaciones cometidas por Rusia, independientemente de su nacionalidad. Sin embargo, esta vía no es factible en el momento actual por las violaciones cometidas desde el 24 de febrero de 2022, pues para ello es necesario haber agotado previamente todos los recursos del ordenamiento interno ruso; lo que se antoja ciertamente complejo, a la par que prolongado en el tiempo. Si bien, hay que decir que existen más de 8.500 solicitudes individuales ante el tribunal que parecen estar relacionado con los eventos en Crimea, el este de Ucrania y el Mar de Azov, sucedidos entre 2014 y 2018.

La vía que sí puede interponerse ya ante el TEDH es una demanda interestatal, porque en este caso no opera el requisito del previo agota-

⁴¹ El texto oficial del Convenio de Roma de 1950 y sus Protocolos puede consultarse en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

⁴² Ucrania ratificó el Convenio de Roma el 11 de septiembre de 1997. La lista de firmas y ratificaciones del Convenio de Roma de 1950, a fecha de 5 de julio de 2022, puede consultarse en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=005>

⁴³ Dispone el artículo 34:

«El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

miento de los recursos internos. Este tipo de aplicación viene recogido en el artículo 33 del Convenio de Roma, en los siguientes términos:

«Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante».

Esta vía procesal es, sin duda, menos conocida y mucho menos utilizada que la de las demandas individuales. De hecho, hasta la fecha, el TEDH ha resuelto 17 demandas interestatales; estando pendientes de resolver 15⁴⁴. De estas demandas interestatales pendientes, cinco las ha interpuesto justamente Ucrania contra Rusia y lo ha hecho desde 2014 —la primera— hasta 2021 —la última—, por las violaciones de derechos humanos producidas contra nacionales ucranianos, tanto en Crimea, como en las regiones del Dombás.

Dos casos están pendientes ante la Gran Sala: uno con respecto a los acontecimientos en Crimea (Ucrania c. Rusia (re Crimea)), que comprende tres solicitudes interestatales presentadas en 2014, 2015 y 2018, y que fue declarado parcialmente admisible el 14 de enero de 2021. Otra responde a la presentada junto con Países Bajos y Ucrania contra Rusia por el derribo del avión del vuelo MH17 de *Malasyan Airlines* —en el que murieron 239 personas, entre ellos 196 holandeses—. Un derribo causado, según la investigación de la comisión internacional independiente creada al efecto, por un misil Buk de fabricación rusa procedente de fuerzas militares separatistas situadas en Donetsk apoyadas por Rusia. Este caso abarca tres solicitudes interestatales que se incorporaron en noviembre de 2020. Un caso ante una sala relativo al incidente naval en el estrecho de Kerch en noviembre de 2018, que condujo a la captura de tres buques de guerra ucranianos y sus tripulaciones. Y, finalmente, otro caso presentado el 19 de febrero de 2021 en relación con denuncias de operaciones de asesinatos selectivos contra presuntos opositores de la Federación Rusa, en Rusia.

Todas estas demandas a las que hemos aludido, ya interpuestas y de las que está conociendo el TEDH, se refieren a hechos cometidos en territorio ruso o en territorio ucraniano controlado de manera efectiva por Rusia, como es el caso de Crimea y una parte del Dombás. Este es un dato importante a retener, el del control efectivo del Estado sobre las personas que cometen las violaciones y sobre el territorio donde tienen lugar las mismas.

⁴⁴ La información detallada, tanto de los casos resueltos, como de los casos pendientes puede consultarse en: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/interstate&c=>

Porque ese es un principio que aplica claramente el TEDH y que le ha llevado a declararse competente en los casos mencionados.

Y, precisamente, en el marco de estos asuntos de los que ya está conociendo el TEDH y donde ya hay medidas provisionales contra Rusia desde 2014, el TEDH ha adoptado nuevas medidas provisionales el 1 de marzo de 2022 contra Rusia, tras la solicitud interpuesta por Ucrania el 28 de febrero al producirse los primeros ataques rusos, en relación con —dice la solicitud— «las violaciones masivas de derechos humanos cometidas por tropas rusas en el curso de la militar agresión contra la soberanía territorial de Ucrania». A este respecto, el Tribunal ha decidido, en interés de las partes y de la buena marcha del procedimiento ante él, indicar al Gobierno de Rusia que se abstenga de ataques militares contra civiles y bienes de carácter civil, incluidos locales residenciales, vehículos de emergencia y otros objetos especialmente protegidos bienes de carácter civil, como escuelas y hospitales, y para garantizar de inmediato la seguridad de los médicos establecimientos, personal y vehículos de emergencia dentro del territorio atacado o sitiado por tropas rusas⁴⁵.

Es decir, el TEDH ya está conociendo de posibles violaciones de derechos humanos cometidas por Rusia en Ucrania, pero territorialmente limitadas a Crimea y a las regiones del este que son las que ha incluido Ucrania en esas cinco demandas desde 2014 hasta el 2021. Lo que no afectaría a las violaciones que se están cometiendo actualmente fuera de esas regiones que están en mayor o menor medida bajo control ruso o donde está actuando más activamente. Para que el TEDH conozca de ellas, Ucrania debería interponer una nueva demanda contra Rusia pero, en nuestra opinión, quizá aún no prosperaría la misma. Tal es así porque tenemos un precedente como referencia en el que el TEDH rechazó su competencia en relación con hechos cometidos en la fase activa de un conflicto armado, que es en la que aún nos encontramos en Ucrania.

Dicho precedente lo constituye la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de 21 de enero de 2021, resolviendo la demanda de *Georgia c. Rusia (II)* presentada el 12 de agosto de 2008 (caso n.º 38263/08), por los ataques armados y consiguientes violaciones de derechos humanos en las regiones de Abjasia y Osetia del Sur por fuerzas paramilitares apoyadas por Rusia (la famosa compañía militar privada Wagner). La Gran Sala del Tribunal distingue en su sentencia de 2021 dos etapas del conflicto entre Georgia y

⁴⁵ [file:///C:/Users/anage/Downloads/The%20Court%20grants%20urgent%20interim%20measures%20in%20application%20concerning%20Russian%20military%20operations%20on%20Ukrainian%20territory%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/anage/Downloads/The%20Court%20grants%20urgent%20interim%20measures%20in%20application%20concerning%20Russian%20military%20operations%20on%20Ukrainian%20territory%20(1).pdf)

Rusia. La primera, la fase activa de hostilidades que se corresponde con los primeros cinco días de conflicto, donde no existe el vínculo del control efectivo sobre los actos y el territorio donde se cometen, y respecto de la cual, el tribunal declara inadmisibles las demandas por no tratarse de violaciones contra personas bajo la jurisdicción del Estado ruso. Y la segunda, que es la de la ocupación de esas regiones por esas fuerzas que el TEDH concluye que está probado que esos grupos separatistas rebeldes están bajo órdenes de Rusia y que han llegado a controlar el territorio. El tribunal sí entiende que Rusia había permitido o provocado la violación de los artículos 2, 3, 5, 8 y 13 del Convenio, de los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 1, y del artículo 2 del Protocolo n.º 4⁴⁶.

Ahora bien, toda esta situación jurídica procesal se enfrenta ante un problema de efectividad: la Federación Rusa ya no es miembro del Consejo de Europa. Una retirada realizada por *capítulos*. Por un lado, el 25 de febrero, con el inicio de la invasión de Ucrania, el Comité de Ministros del Consejo de Europa —órgano decisor de esta organización internacional—, anunció la suspensión temporal de la participación de Rusia en esta organización internacional la cual fue finalmente decidida por la Resolución CM/Res(2022)1, de 2 de marzo⁴⁷. Por su parte, el 10 de marzo de 2022, el ministro de Exteriores ruso anunció su intención de retirarse del Consejo de Europa⁴⁸. Una retirada que se hizo efectiva el 23 de marzo de 2022, tras la adopción de la Resolución CM/Res(2022)3 del Comité de Ministros⁴⁹, por la que el propio Consejo de Europa excluyó a Rusia de manera definitiva en aplicación del artículo 8 de su Estatuto. La Secretaría General del Consejo de Europa, Marija Pejcinovic, subrayó que el proceso que ha terminado con esa expulsión se abrió porque el ataque de Ucrania «va en contra de todo lo que defendemos y constituye una violación de nuestro estatuto y del Convenio Europeo de Derechos Humanos»⁵⁰.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 58 del Convenio de Roma de 1950, «dejará de ser parte en el presente Convenio toda Alta Parte Contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa». Lo que significa que desde el 23 de marzo de 2022, no ha tenido lugar la retirada de Rusia como miembro del Consejo de Europa sino tam-

⁴⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-207757%22%5D%7D>;

⁴⁷ <https://rm.coe.int/2022-cm-resolution-1/1680a5b463>

⁴⁸ https://www.eldiario.es/internacional/rusia-abandona-consejo-europa_1_8817841.html

⁴⁹ <https://rm.coe.int/resolution-cm-res-2022-3-legal-and-financial-conss-cessation-membershi/1680a5ee99?msclid=60a33447ab8d11ec9c8f9bc54d5831c1>

⁵⁰ <https://www.dw.com/es/rusia-sali%C3%B3-oficialmente-del-consejo-de-europa-el-primer-pa%C3%ADs-en-ser-expulsado-en-73-a%C3%B1os/a-61240300>

bién la denuncia *de facto* del Convenio de Roma. Sin duda, la pregunta aquí es la relativa a si tal retirada o denuncia es automática o no, para poder establecer cuándo deja de estar obligada la Federación Rusa y, por tanto, deja de producir efectos jurídicos *ex post* el Convenio de Roma. Esta duda quedó resuelta en la propia Resolución CM/Res(2022)3, anteriormente referida, adoptada por el Comité de Ministros el 23 de marzo de 2022, la cual dispone que la Federación Rusa dejará de ser Parte del Convenio de Roma y sus Protocolos el 16 de septiembre de 2022. Desde esa fecha, estos tratados de derechos humanos ya no son obligatorios para Rusia lo que es, sin duda, una pésima noticia para la comunidad internacional en general, y para los individuos bajo su jurisdicción, en particular.

De esta manera, el TEDH podrá, no solo seguir conociendo de las cinco causas abiertas y adoptar medidas en relación con las mismas, sino que también podrá conocer de todas las violaciones subsiguientes de derechos humanos cometidas por Rusia hasta que la denuncia del Convenio de Roma produzca efectos jurídicos; es decir, podrá conocer de todos los hechos y demandas que puedan constituir violaciones de los derechos humanos recogidos en el Convenio de Roma y sus Protocolos que hayan tenido lugar hasta el 16 de septiembre de 2022.

Esto queda claramente establecido en el párrafo 2 del artículo 58 del Convenio de Roma que dispone que:

«Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha Parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto».

Este panorama procesal, en el marco del TEDH, puede dar como resultado varias sentencias condenatorias contra Rusia —tanto por vía de demandas individuales, como interestatales—, por violación de alguno o algunos de los derechos recogidos en el Convenio de Roma y sus Protocolos. Es obvio que las sentencias de violación son obligatorias para el Estado condenado que debe, por tanto, cumplirlas; si bien, son declarativas lo que dificulta enormemente su ejecución.

En esta línea, según lo dispuesto en el artículo 46 del Convenio de Roma, es el Comité de Ministros del Consejo de Europa el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias y, especialmente, que sea efectivamente satisfecho el montante económico que el Tribunal concede a los demandantes en concepto de reparación por el perjuicio que

hayan sufrido⁵¹. En este sentido, cuando se pronuncia una sentencia de violación del convenio, el tribunal trasmite el expediente al Comité de Ministros del Consejo de Europa que establece con el país condenado y con el servicio de ejecución de sentencias la manera de ejecutar dicha sentencia y de prevenir cualquier otra posible vulneración idéntica del convenio.

Siendo esto así, habida cuenta de que Rusia ya no es Estado miembro del Consejo de Europa, si es condenado por el TEDH por las violaciones de derechos humanos cometidas en territorio de Ucrania —tanto antes, como después de la invasión iniciada el 24 de febrero de 2022— y se niega a cumplir las sentencias, ¿qué efectividad va a tener el sistema de ejecución de las mismas que descansa en la acción de un órgano de una organización internacional que carece ya de cualquier poder de coerción sobre Rusia? Lamentablemente, ninguna.

Lo que nos lleva a concluir con la triste realidad de que, a pesar de todos los esfuerzos de la comunidad internacional y de Ucrania, en particular, por llevar al Estado ruso ante la justicia internacional, y de que la misma se llegue a pronunciar en su contra —como sin duda lo hará—, determinando su responsabilidad internacional por las graves violaciones cometidas en este conflicto, las sentencias se convertirán en papel mojado.

Aunque, siempre nos quedará la reparación moral que supone tener sentencias internacionales de conocimiento público declarando la ilicitud de todos los hechos llevados a cabo por la Federación Rusa en el conflicto de Ucrania, las cuales quedarán para la memoria colectiva. Pasando a ser leídas, estudiadas y recordadas de generación en generación, desmontando los ardidés de su jefe de Estado, Vladimir Putin, y poniendo *la verdad de los hechos* en su sitio.

⁵¹ El artículo 46 dispone:

«1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

[...]

5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto».

RECENSIONES DE LIBROS

EDICIÓN EN ESPAÑOL DEL COMENTARIO ACTUALIZADO DEL I CONVENIO DE GINEBRA DE 1949

Joaquín López Sánchez

*Secretario-técnico del Centro de Estudios de Derecho Internacional
Humanitario y Derechos Humanos de Cruz Roja Española*

El pasado 23 de mayo de 2022 se presentó, desde la Delegación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en Brasilia, la edición en español del Comentario actualizado del I Convenio de Ginebra de 1949, publicado inicialmente en inglés en 2016. La publicación está disponible en la página web del CICR¹:

Desde la redacción de los Comentarios originales, en los años 1950² y 1980, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales han sido puestos a prueba en numerosas ocasiones, por otro lado, ha habido desarrollos significativos en cuanto a la forma de aplicarlos e interpretarlos en la práctica. Por ello, en el año 2011 se puso en marcha el proyecto de actualización de los comentarios de los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Hasta la fecha, se han publicado, en inglés, los relativos a los tres primeros Convenios que también se irán traduciendo progresivamente al español³.

¹ Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/comentarios-los-convenios-de-ginebra-en-espanol-facilitan-ensenanza-e-investigacion-del-dih>

² Los comentarios originales a los Convenios de Ginebra fueron obra de Jean Pictet. Disponibles en: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

³ Disponibles en: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>

El Comentario actualizado no solo incluye las interpretaciones que respalda el CICR, sino también indicaciones respecto de cuestiones en torno a las cuales existen opiniones divergentes o que no están zanjadas y requieren mayor análisis. En este sentido, el Comentario se presenta como una base para profundizar en el análisis sobre la aplicación, la clarificación y el desarrollo del derecho internacional humanitario (DIH). Es importante señalar que sirve como una nueva herramienta de orientación para los Estados, las organizaciones internacionales, los tribunales y los actores humanitarios. La publicación, coordinada por el CICR, ha contado con la participación de expertos de todo el mundo.

Para preparar el Comentario actualizado, los autores han seguido las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en particular, los artículos 31 y 21. También se han tenido en cuenta otras normas relevantes del derecho internacional, como el DIH consuetudinario, los tres Protocolos adicionales así como otros tratados de derecho internacional, como los relativos al derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos. Cuando se adoptaron los Convenios de Ginebra, muchos ámbitos del derecho internacional eran aún incipientes, como el derecho de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho de los refugiados, pero con el tiempo estos se han desarrollado significativamente. El DIH no es un cuerpo de normas autónomo, sino que interactúa con otras ramas del derecho, con las que, con frecuencia, mantiene una relación de complementariedad. Por consiguiente, las interpretaciones ofrecidas en el nuevo Comentario toman en consideración los desarrollos de esas otras ramas cuando ello es necesario para una interpretación integral de una norma del convenio.

Este I Convenio de Ginebra va dirigido a la protección y asistencia, en todas las circunstancias y de manera imparcial, de heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas. También va dirigido a la protección del personal sanitario, las unidades, el material y los medios de transporte militares sanitarios. Además, contiene disposiciones relativas al empleo y la protección de los emblemas protectores, reafirmando su función y estableciendo restricciones relativas a su empleo. Sin embargo, hay que destacar particularmente que algunas de sus disposiciones son comunes a los cuatro Convenios de Ginebra, entre ellas:

- En primer lugar, el artículo 1, que contiene la obligación de respetar y hacer respetar. El Comentario de Pictet de 1952 afirmaba que el artículo 1 común no era aplicable a los conflictos armados no internacionales; sin embargo, el Comentario actualizado, basán-

dose en los acontecimientos de las últimas seis décadas, concluye que sí lo es.

- En cuanto al artículo 2, el comentario actualizado toma en consideración los diversos tipos de conflictos armados internacionales que han surgido en el periodo desde que fueron publicados los comentarios de Pictet. Por ejemplo, afirma que puede desencadenarse un conflicto armado cuando un Estado utiliza unilateralmente la fuerza contra otro Estado, aunque este no responda por medios militares, o no pueda hacerlo. El mero hecho de que un Estado recurra al uso de la fuerza armada contra otro es suficiente para calificar la situación como un conflicto armado en el sentido de los Convenios de Ginebra.
- El artículo 3 común se ha convertido en una disposición central del DIH. La calificación de este artículo como un *Convenio en miniatura* para los conflictos sin carácter internacional ya fue señalada durante la Conferencia Diplomática de 1949. El Comentario actualizado aborda las diversas cuestiones relativas a las circunstancias en que opera este artículo; por ejemplo, su ámbito geográfico y temporal de aplicación, su fuerza vinculante sobre los grupos armados no estatales y sobre las fuerzas multinacionales, las personas protegidas, las obligaciones fundamentales de las partes en un conflicto sin carácter internacional, las actividades humanitarias, los acuerdos especiales y el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

En definitiva, a lo largo de esta extraordinaria y útil obra (1.200 páginas) se va haciendo un recorrido sobre cada una de las disposiciones del I Convenio de Ginebra, realizándose una investigación que incluye un análisis de la práctica estatal en cuanto a la aplicación y la interpretación de los tratados, por ejemplo, en manuales militares, legislación nacional o declaraciones oficiales, así como un análisis de la jurisprudencia y artículos académicos. Esperamos que los comentarios en español a los restantes instrumentos jurídicos de DIH estén disponibles próximamente.

Nuestro agradecimiento al Comité Internacional de la Cruz Roja por este importante proyecto que, sin duda, contribuirá al fortalecimiento de las normas que protegen a las víctimas de los conflictos armados.

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado mayor del Consejo de Estado

Sumario

Comentario general de doctrina legal: 1. Licencias portuarias y ocupación del dominio público; 2. Actos del rey.

1. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. *Licencias portuarias y ocupación del dominio público* La promulgación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, comportó un cambio en la ordenación del sistema portuario estatal. Con inspiración en un proyecto de directiva que no llegó a aprobarse, se pasó de un sistema en el que los organismos públicos gestionaban, directa o indirectamente, los servicios portuarios —calificados como públicos— a otro en el que administran la infraestructura, poniéndola a disposición de los operadores privados. Se pasó de un sistema de servicios a otro de infraestructura, en el que se orilla tildar a los servicios portuarios como públicos.

Desde entonces, los operadores prestan los servicios en régimen de competencia en virtud de los correspondientes títulos habilitantes autorizatorios —que pueden llevar anejas obligaciones de servicio público—. En consonancia con el señalado cambio de ordenación portuaria, el sistema concesional de servicios fue sustituido por otro de licencias, que es el vigente desde entonces.

En consonancia con el cambio expuesto, la disposición transitoria séptima de la Ley 48/2003, dispuso que:

«Séptima. Contratos de gestión indirecta de servicios portuarios.

1. Las empresas que a la entrada en vigor de esta Ley sean titulares de contratos de gestión indirecta de servicios portuarios celebrados al amparo del artículo 67 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante accederán directamente a la licencia de prestación del servicio portuario básico o autorización de actividad correspondiente.

2. Las empresas que a la entrada en vigor de esta ley fuesen titulares de un contrato para la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques, accederán directamente a las licencias de prestación de los servicios portuarios básicos de manipulación y transporte de mercancías que les corresponda y, en su caso, las autorizaciones de actividad que procedan, en función de las actividades que vinieran prestando de acuerdo con el contenido del contrato.

3. En los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, los titulares de las licencias podrán optar entre adecuarse al nuevo pliego regulador y prescripciones particulares del servicio o mantener las condiciones contenidas en el contrato de gestión indirecta del servicio. Dicha opción deberá ejercerse en el plazo máximo de seis meses desde la aprobación de las prescripciones particulares del servicio.

En el caso de que opte por la no adaptación, el plazo de la licencia será el que reste del establecido en el contrato. Si se adapta al nuevo pliego regulador y prescripciones técnicas particulares, el plazo será el que se establezca en las mismas.

Se deberá aplicar la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, adaptando, cuando proceda, el canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria quinta de esta ley.

En el caso de que no se formule manifestación alguna por el titular de la licencia, se entenderá que éste opta por el mantenimiento de las condiciones del contrato.

4. En el caso de que el número de prestadores del servicio se encuentre limitado o se limite de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.5 y 6 de esta ley, el titular de un contrato de gestión accederá directamente a la obtención de una de las licencias de prestación del servicio durante el tiempo que reste de su contrato, que no podrá exceder del es-

tablecido en el artículo 66.1 según el servicio de que se trate, pudiendo optar entre adecuarse al nuevo pliego regulador y a las prescripciones particulares del servicio o mantener las condiciones contenidas en el contrato de gestión indirecta del servicio».

Esta norma está vigente. La disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante derogó la Ley 48/2003, de 16 de noviembre, pero mantuvo la pervivencia del precepto transcrito en su disposición transitoria primera.

Conforme con la citada disposición transitoria séptima de la Ley 48/2003:

- a) Los titulares de contratos de gestión indirecta de servicios portuarios a la entrada en vigor de la disposición acceden directamente a serlo de una licencia de prestación de servicio portuario básico.

La licencia sustituye al contrato. Este se extingue *ex lege*. En su lugar, nace en el patrimonio del contratista una licencia de prestación de servicio portuario. La relación negocial de índole bilateral en que el contrato consiste se ve sustituida por una autorización o un permiso, según exista o no limitación de prestadores. La transformación del contrato en licencia se produce por disposición legal. No depende de la voluntad, ni de la Administración, ni del contratista.

La sustitución legalmente prevista es coherente con el sistema portuario definido en la Ley 48/2003. Hasta su promulgación, los servicios portuarios eran de titularidad pública y mediante los contratos de gestión indirecta se transfería al contratista una esfera de actuación originariamente administrativa. A resultas de la configuración de los servicios portuarios como actividad en régimen de concurrencia, el título habilitante preciso para su desenvolvimiento pasa a ser la licencia —acto por el cual la Administración permite su ejercicio previa valoración de su oportunidad en relación con el interés específico que el autorizado debe llevar a cabo— o el permiso —acto por el cual se amplía la esfera jurídica del autorizado en un aspecto que no entra en su ámbito propiamente dicho—. Se pasa de una situación negocial a un estatuto unilateral con reflejos bilaterales. Este estatuto no es antagónico al contractual, pues la licencia o permiso concedida al autorizado no es meramente policial —en los términos clásicos— sino

de actividad, sujeta a supervisión administrativa continua, participando en parte de los caracteres de las licencias *ut facias*.

- b) En relación con las condiciones del ejercicio de la actividad en virtud de las nuevas licencias, la ley prevé que sus titulares pueden optar por adecuarse al nuevo pliego regulador y prescripciones particulares del servicio o mantener las condiciones contenidas en el contrato de gestión indirecta. La opción ha de ejercitarse en el plazo de los seis meses inmediatamente siguientes a la aprobación de las prescripciones particulares del servicio. En el caso de no optar por la adaptación, el plazo de la licencia será el que reste del establecido en el contrato y, caso de adaptarse al nuevo pliego, será el establecido en este (apartado 3).

Así las cosas, al arbitrio del licenciatario solo queda la opción de adecuarse o no al contenido obligacional del contrato extinto o al de las nuevas licencias.

- c) La extinción del contrato se produce *ex lege*, sin intervención de la voluntad de las partes, en especial, del contratista.

La cuestión que se suscita entonces es la determinar el momento en que se produce dicha extinción *ex lege*.

La disposición establece que los titulares de contratos de gestión indirecta de servicios portuarios *accederán* directamente a la licencia. El empleo del tiempo verbal en futuro y la atribución de la opción contemplada en el apartado 3 de la disposición transitoria séptima pudieren llevar al entendimiento de que la extinción *ex lege* opera cuando se ejercite la opción antes dicha.

Sin embargo, una interpretación adecuada de la norma excluye tal criterio. La Ley 48/2003, modifica el sistema de ordenación portuaria y lo hace mediante el establecimiento de otro diferente, haciendo tabla rasa del anterior en este punto —sin perjuicio de las disposiciones transitorias que contempla—. No hay, por una parte, en la norma una voluntad de demorar el establecimiento del nuevo sistema. Por otro lado, la ley no contempla expresamente que la extinción de los contratos de gestión indirecta esté supeditada al ejercicio de la opción antes mencionada.

Así las cosas, los apartados 1 y 3 de la disposición tienen ámbitos distintos y no están supeditados entre sí. No hay remisiones formales entre

uno y otro. Y ambas previsiones son susceptibles de ser aplicadas de manera independiente.

En consecuencia, la extinción de los contratos *ex lege* no está vinculada al ejercicio de la opción contemplada en el apartado 3 de la disposición. No se erige ni en presupuesto ni en requisito para que opere la extinción. Esta se produjo *a la entrada en vigor de la ley*, con independencia del ejercicio de la opción antes citada. Fue desde ese mismo momento cuando los contratistas pasaron a ser titulares de las licencias de servicios portuarios.

Este es, además, el criterio sustentado por los tribunales de justicia (Sentencia de Tribunal Superior de Justicia Illes Balears, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n.º 78/2022, de 2 de febrero de 2022, rec. 45/2018) al interpretar la norma.

- d) Consecuencia de todo lo dicho es que, desde la entrada en vigor de la Ley 48/2003, los concesionarios de servicios portuarios ya no lo son. Han pasado a ser licenciatarios. El contrato ya no existe. Su situación jurídica es la dimanante de ser titular de una licencia o autorización, con independencia de la concreta determinación, en cada caso, de su contenido y del régimen jurídico aplicable a su situación.
- e) El concesionario de un servicio público cuya actividad requería el uso privativo del dominio público encontraba su habilitación para hacerlo en el propio contrato, sin necesidad de ser titular una concesión de dominio público.

Con el sistema definido en la Ley 48/2003, el licenciatario que precise de dicho uso privativo debe obtener la correspondiente concesión demanial, conforme con los artículos 87.3 de la propia Ley 48/2003 y 115.3 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Este previene que «cuando se solicite licencia para la prestación de un servicio, ligada directa e indispensablemente al uso privativo de una determinada superficie del puerto, el otorgamiento de la licencia estará vinculado recíprocamente al otorgamiento del correspondiente título administrativo y serán objeto de expediente único».

En otros términos, la licencia de servicio portuario no atribuye al licenciatario ni la condición de concesionario, ni le atribuye un derecho al uso privativo del dominio público portuario preciso para su actividad.

La índole de la relación existente entre el antiguo contratista de servicios públicos y el dominio público portuario una vez extinto su contrato

—por mor de la disposición transitoria tercera de la Ley 48/2003—; esto es, la naturaleza del título que le habilita para usar con carácter privativo dicho dominio público tras pasar a ser licenciatario de servicios portuarios, y no haber ido acompañada esta mutación del otorgamiento de una concesión demanial, conforme exige el mentado artículo 115.4 de la Ley de Puertos del Estado —y antes el artículo 87.3 de la Ley 48/2003—, es provisional.

El amparo de dicho uso no puede hallarse en una concesión, pues ni le ha sido otorgada específicamente, ni la ley se la reconoce *ex lege*. Ha de encontrarse en el contrato pese a estar extinto. La extinción del contrato no comporta el agotamiento de todos sus efectos. Perviven algunos, con carácter reflejo y expresión de su ultraactividad.

La condición *ex lege* de licenciatarios de los antiguos titulares de los contratos de gestión indirecta de los servicios portuarios los coloca en una situación jurídica ajena a la propia de la relación contractual preexistente, pero no completamente, pues perviven algunos efectos reflejos de la misma. Los ubica en otra, caracterizada primordialmente por la unilateralidad de su origen —con independencia de la existencia un cortejo de obligaciones bilaterales entre él y la Administración—, que les habilita para seguir disfrutando con carácter privativo de los bienes demaniales. Situación que es análoga a la del concesionario de dominio público en cuanto al uso y disfrute mismo de los bienes pero no en cuanto a su naturaleza.

Los licenciatarios no devienen, por disposición de la ley, en concesionarios de dominio público por transformación de los derechos de utilización, privativa, de los bienes del dominio portuario de los que se valían para la ejecución de sus contratos. La ley no lo establece así.

Ahora bien, tampoco quedan en una pura situación de precario —caracterizada por la ausencia de título y de derecho y por la existencia de una mera tolerancia—.

Su situación es peculiar. Participa en alguna medida de las características propias de un título jurídico de precario. Sabido es que debe distinguirse entre situación de precario y título de precario (desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990). La primera es mera tolerancia carente de título, en tanto que el segundo cuenta con un acto jurídico justificativo de una situación que tiene carácter provisorio o transitoria hasta la realización de un evento. El título de precario no es un derecho perfecto, sino débil, inestable (*affievolitto*), que, además, no es oponible frente a la Administración —«tiene una *ergaomneidad* restringida» decía el dictamen n.º 3562, de 23 de junio de 1948 del Consejo de Estado—, pues su existencia o pervivencia está supeditada a la concurrencia una circunstancia o

evento. Evento que, en los casos examinados, es el cumplimiento del plazo o la obtención de una concesión. En el caso de los licenciatarios que eran titulares de contratos de gestión de servicios públicos, el título jurídico que ampara la continuación del disfrute deriva de la relación contractual extinta como efecto reflejo de la misma.

En efecto, la peculiar situación de los licenciatarios en relación con el dominio público en tanto no hayan obtenido el correspondiente otorgamiento dimana de las extintas relaciones contractuales como singular efecto de su ultraactividad. Los licenciatarios no son concesionarios pero, a determinados efectos, tienen provisionalmente la *consideración* o están *equiparados* a tales. Por ende, no se les aplica íntegramente el régimen de aquellos sino solo aspectos concretos y en tanto no se dé cumplimiento al mandato del artículo 115.4 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que le impone la obligación de obtener la correspondiente concesión de dominio público.

Esta situación jurídica les permite seguir disfrutando, con carácter privativo, de los bienes demaniales que tenían adscritos al momento de extinguirse los contratos. Lo hacen en una condición —en cierta medida— análoga a las de los concesionarios por ser considerados como tales pero a título de precario. No ostentan la titularidad de ningún derecho real administrativo consolidado sobre el dominio público. Solo disponen de una titularidad provisional, derivada de un efecto reflejo de los contratos extintos.

Se trata en todo caso de situaciones jurídicamente de pendencia, de suyo transitorias, que abocan bien a consolidarse mediante la obtención del correspondiente otorgamiento —concesión demanial—, bien extinguirse. No pueden prologarse en el tiempo. Su duración máxima viene determinada por el plazo señalado en el antiguo título contractual o por el plazo establecido en los pliegos reguladores de las licencias de servicios portuarios para obtener las correspondientes concesiones demaniales, si hubieren optado por estas.

2. *Actos del rey*. El rey puede formular declaraciones de voluntad, manifestaciones de voluntad o adoptar actos de contenido vario (*actos regios*). Pueden ser estrictamente privados (*actos privados del rey*) o tomados en el ejercicio de las competencias que le corresponden como titular de la Corona (*actos del rey*).

Entre los actos del rey, se suele distinguir entre los adoptados en el ejercicio de las competencias constitucionales y legales que tiene atribuidas y los, denominados por algunos, actos de prerrogativa.

Entre los primeros se cuentan, como núcleo irreductible, los derivados del ejercicio de las competencias a que se refieren los artículos 62 y 63 de la Constitución, aunque no se agotan en ellos, pues pueden venir atribuidos por otras normas legales, reglamentarias o aún de índole privada. Se producen, por lo general, a propuesta o iniciativa a algún otro órgano. Tienen en la mayor parte de las ocasiones —aplicando la terminología propia del derecho administrativo no siempre trasladable— el carácter de actos reglados, cuando no debidos. Precisan siempre de refrendo en la forma establecida en el artículo 64 de la Constitución.

Los actos de prerrogativa, por el contrario, son dictados libremente por el rey sin necesidad jurídica de propuesta o refrendo, aunque ambos pueden darse. En esta categoría se incluyen los atinentes a la organización de la Casa del Rey (Constitución, artículo 65) y de aquellos otros de naturaleza personalísima que tienen transcendencia constitucional.

El deslinde entre una y otra clase de actos no es ni nítida, ni absoluta. Existe una zona difusa, de penumbra, en la que solo cabe columbrar su naturaleza en atención a sus circunstancias concretas. Es preciso adentrarse en ellos para llevar a cabo la correspondiente incardinación. En efecto, hay una serie de actos singulares del rey, dictados por su condición de tal —extremo este incuestionable—, en los que el Monarca tiene un margen de actuación propia, ajena en algunos casos a las demás instituciones del Estado y, en particular, del Gobierno.

Los casos son varios: la concesión de la dignidad de Infante de España de privilegio, prevista en el artículo 3.2 del Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, sobre el régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los regentes; la autorización de los títulos de la Casa Real a que se refiere el artículo 6 del mismo texto reglamentario; la concesión *ex novo* o creación de títulos del Reino y la fijación de su régimen sucesorio —sin contravenir lo dispuesto en la Ley 33/2006, de 30 de octubre—; el despacho de los asuntos relativos a la Real Militar Orden de San Fernando, como su Soberano Reglamento de la Orden, artículos 3.d), 7.2 y 3 y 21.4, aprobado por Real Decreto 899/2001, de 27 de julio; la convocatoria del capítulo de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo y, en especial, el ingreso del heredero o heredera de la Corona en la citada Orden (Reglamento, artículos 6.1 y 15, aprobado por Real Decreto 1189/2000, de 23 de junio), como puso de manifiesto el Consejo de Estado —respecto de este último caso— en su dictamen 268/2020, de 4 de junio de 2020.

También entran en esta categoría de actos los de aprobación de las reformas de los estatutos de diversas corporaciones, otrora públicas y hoy con forma jurídico-privada —como las Reales Maestranzas— y, en fin, el

nombramiento, la confirmación o la ratificación de determinados nombramientos en diversas entidades privadas o singulares, especialmente vinculadas con la Corona o con el Estado o sobre las que se ejerce un derecho de patronazgo. Entre estos últimos casos, se cuenta el nombramiento de presidente del Real Consejo de las Órdenes de Santiago, Alcántara, Calatrava y Montesa, la ratificación del cargo de presidente y de la Junta de Gobierno del Real Cuerpo de la Nobleza de Madrid, la ratificación de determinados cargos de las antes citadas Reales Maestranzas y el nombramiento de los cargos de rectores del Real Colegio Inglés de Valladolid o de San Albano, del Real Colegio de Escoceses de Salamanca y del Real Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia —aunque el de este último tiene singularidades propias frente al de aquellos, habida cuenta su estrecha vinculación con el Estado y su falta de carácter de fundación eclesiástica—.

Se trata de intervenciones del rey que anudan con la tradición histórica, reflejo del antiguo sistema de mercedes —*octroi*—, con distinto alcance y significación en cada caso, aunque generalmente confirmatorias de propuestas formuladas por las entidades interesadas.

Los actos del rey, en cuanto titular de la Corona, no tienen todos, ni un mismo régimen jurídico, ni puede afirmarse que queden sujetos a las prescripciones del derecho administrativo en su integridad o en parte de sus extremos o aspectos. Ni la Corona, ni su casa, son Administraciones Públicas (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1984, de 28 de noviembre). Ello sin perjuicio de que determinados aspectos de procedimiento o sustantivos que les afecten puedan ser examinados en su caso por la jurisdicción contencioso-administrativa en atención a su naturaleza.

Los actos del rey, dictados en el ejercicio de competencias constitucionales y legales, deben ser refrendados de acuerdo con lo establecido en el artículo 64.1 de la Constitución. Los actos de prerrogativa, no necesariamente, pero pueden serlo. Nada lo impide. Así lo evidencia la práctica observada: incluso las normas, los actos de organización y los nombramientos del personal de su casa —comprendidos en el artículo 65 de la Constitución— lo han venido siendo (v.gr. Real Decreto 297/2022, de 26 de abril). También lo han sido —cualquiera que sea la naturaleza que se le atribuya— la mayor parte de los actos singulares antes relacionados.

Autoridades refrendantes pueden serlo el presidente del Gobierno, los ministros competentes y el presidente del Congreso, según el artículo 64.1 de la Constitución, según una relación que no es exclusiva —también ha refrendado en alguna ocasión el jefe de la Casa del Rey—.

Por ministro competente para refrendar, se entiende el que se cuida de los asuntos de la correspondiente materia o el que se encuentra al frente del

departamento ministerial al cual se encuentra adscrita o vinculada la entidad, dependencia, órgano o persona afectada o supervisa su actividad. Así, el nombramiento del rector del Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia, don José Guillermo García-Valdecasas Andrade-Vanderwilde, formalizado en el Real Decreto 124/1978, de 6 de febrero, fue refrendado por el ministro de Asuntos Exteriores.

La veste o forma de los actos del rey es variada, según la naturaleza e índole de su intervención:

- a) Unas veces forman parte del procedimiento legislativo —como es el caso de la sanción y promulgación de las leyes— y se integran en él.
- b) Otras, sus declaraciones o manifestaciones de voluntad se documentan en actos de constancia, bien firmados por el propio monarca, bien trasladados a los interesados a través del jefe de su casa —como de ordinario ocurre en el supuesto del otorgamiento de las autorizaciones de uso de la partícula real, de ratificaciones de algunos de los nombramientos de las entidades antes citadas—, o a través de otras autoridades —las convocatorias de los capítulos de las Reales y Militares Órdenes de San Fernando y de San Hermenegildo—.
- c) En ocasiones los actos revisten la forma de *Real Cédula*. Esta ha sido utilizada para nombrar a los rectores de los Colegios Inglés de Valladolid —Reales Cédulas de 31 de octubre de 1984, publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia 1368; el 23 de noviembre de 1990 y el 3 de octubre de 1997, también en el citado boletín y el 17 de febrero de 2012 y 22 de diciembre de 2017, publicadas en los Boletines Oficiales del Estado de 2 de marzo de 2012 y 23 de diciembre de 2017, respectivamente— y de Escoceses de Salamanca —de 3 de octubre de 1997, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 25 de octubre de 1997, entre otras—. El uso de este instrumento encuentra fundamento, de una parte, en que así lo prevén los estatutos de ambos Colegios (de 11 de octubre de 1770 en el caso del Colegio Inglés y en la adición introducida por Carlos III el 5 de septiembre de 1771), al exigir libramiento del Consejo de la Cámara de Castilla —lo que comportaba la expedición de una real cédula— y, de otro lado, en la índole de la intervención del Monarca, que deriva de un derecho de patronato y no de protectorado.

Se instrumentan así los nombramientos citados, confirmando o ratificando el rey las propuestas formuladas por las citadas entidades, de naturaleza privada y bajo el protectorado de la Corona, sin intervención ni del Consejo de Ministros, ni de la Administración, salvo en lo tocante a su puesta a despacho del monarca.

Las reales cédulas antes mencionadas fueron todas refrendadas por el titular del Ministerio de Justicia, departamento a través del cual se encauzan las propuestas formuladas por los órganos de gobierno de las citadas instituciones.

- d) Y, en fin, la mayoría de los actos del monarca se instrumentan a través de real decreto.

El real decreto es el instrumento más solemne de manifestación de la potestad gubernativa y ejecutiva de la Corona desde finales del siglo XVIII. Potestad gubernativa que comprendía —y comprende— tanto la aprobación de reglamentos como la adopción de actos —nombramiento de autoridades y funcionarios—; potestad que, por otra parte, englobaba no solo los actos de administración emanados del Consejo de Ministros sino también aquellos otros que, con arreglo a los textos constitucionales decimonónicos, emanaban del rey en el ejercicio de sus competencias propias. Esta doble índole de los reales decretos se evidenciaba ya en el siglo XIX, distinguiéndose entre reales decretos, acordados en Consejo de Ministros, y reales decretos del rey o reales decretos, a secas, aprobados sin la intervención de ese órgano. Y también se concretaba —y concreta— en su singular forma de formalización: los reales decretos se expiden por el rey (Constitución, artículo 62.f), concepto este que permite comprender la diversa intervención del monarca en cada uno de los tipos de reales decretos, frente a las leyes que se sancionan y promulgan.

Tras la publicación de Constitución, el real decreto sigue siendo el instrumento formal más solemne de manifestación de los actos del rey. La distinción antes apuntada también subsiste, si bien acomodada a las exigencias constitucionales. El real decreto tiene diversas modalidades, atendiendo a su objeto y al procedimiento seguido para su adopción. La práctica constitucional y administrativa así lo evidencia. En efecto:

- a) Hay reales decretos acordados en Consejo de Ministros (Constitución, artículo 62.f) y 116), que aprueban las normas reglamentarias y otros actos (Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, artículo 24.1.c); instrumentan formalmente acuerdos o decisiones

del Consejo de Ministros; su expedición por el rey constituye un acto debido; su función, certificante, pues lo relevante es el citado acuerdo del Gobierno.

- b) Hay reales decretos del presidente del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre, artículo 24.1.b), con análogo carácter certificante y de acto debido para el monarca, que instrumentan decisiones del presidente del Gobierno, sin intervención alguna del Consejo de Ministros.

Unos y otros están regulados en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

- c) Pero esas dos clases de reales decretos no agotan los tipos existentes. Así:
 - a') Hay reales decretos expedidos por el rey a propuesta de distintos órganos —el Pleno del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Consejo General del Poder Judicial o del ministro de Justicia en los términos previstos en el artículo 634 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sin intervención del Consejo de Ministros, por los que se nombran distintas autoridades y funcionarios —v.gr. los presidentes de los citados órganos, los presidentes de tribunales y magistrados—, que son refrendados ordinariamente por el presidente del Gobierno o por el ministro de Justicia en aplicación de lo previsto en el mencionado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
 - b') Hay reales decretos expedidos por el rey, a su propia iniciativa, *oído el Consejo de Ministros*, como es el caso de los empleados con ocasión de las concesiones de los collares de la Insigne Orden del Toisón de Oro (v.gr. Reales Decretos 1765/2011, de 25 de noviembre y 223/2014, de 28 de marzo, entre otros), refrendados por el presidente del Gobierno.
 - c') Hay también reales decretos expedidos por el rey, sin intervención del Consejo de Ministros, a instancia del ministro de Justicia —y refrendados por él— en materia de títulos nobiliarios; en concreto, los relativos a su creación o a su rehabilitación (v.gr. Real Decreto 594/2019, de 15 de octubre).
 - d') Y, en fin, hay reales decretos expedidos por el rey, sin intervención del Consejo de Ministros y sin iniciativa ministerial,

como aquellos por los que se autoriza el uso de los títulos de la Casa Real o se otorga la dignidad de infante de gracia, que han sido refrendados por el presidente del Gobierno (v. gr. Reales Decretos 2412/1994, de 16 de diciembre y 323/1985, de 3 de marzo).

La simple relación hecha evidencia que no todos los reales decretos son acordados en Consejo de Ministros. El carácter instrumental de formalización de decisiones en que consiste el real decreto justifica la existencia de dos clases: los que formalizan acuerdos del Consejo de Ministros y otros que instrumentan decisiones de diferentes órganos del Estado o del propio rey. La distinción indicada ha sido doctrinalmente puesta de manifiesto.

Solo los reales decretos acordados en Consejo de Ministros o los del presidente del Gobierno están regulados en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Los demás no se someten a dicha regulación por cuanto afectan a instituciones distintas del Gobierno o al propio rey, excluidas del ámbito de aplicación de la norma citada.

**REVISTA ESPAÑOLA DE
DERECHO MILITAR
NORMAS EDITORIALES**

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho Militar, fundamentalmente Penal, Disciplinario, Administrativo, Internacional, Constitucional, Marítimo, Aeronáutico o Comparado, desde cualquier perspectiva científica ya sea ésta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La Revista tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en LATINDEX.

Lo publicado en la *Revista Española de Derecho Militar* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web www.publicaciones.defensa.gob.es

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *Revista Española de Derecho Militar* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios Querol y Lombardero, que serán publicados.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de *Estudios y Notas*. Los Estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las *Notas* es de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: *Resumen, Sumario, Desarrollo*.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un Resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañada de la correspondiente traducción o *Abstract* en inglés tanto del resumen como de las palabras claves y el título del trabajo.

El Sumario encabezará el artículo, y en él se hará constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el Sumario. En cuanto al sistema de citas se hará siguiendo las vigentes *Normas de edición y publicación en el Ministerio de Defensa*. Es decir: las citas de libros y artículos usarán el modelo Harvard: apellido del autor y fecha entre paréntesis (Apellido, fecha). Aparecerán siempre en el cuerpo del texto y no en notas a pie de página. En cuanto a las referencias bibliográficas, formas de referencia más extensas ordenadas, generalmente de manera alfabética, al final del capítulo o documento. Están relacionadas directamente con las citas bibliográficas, pues en el texto solo aparece una breve referencia, en forma de cita bibliográfica, como se ha indicado y que de previamente, y que debe completarse con la forma extensa.

Las referencias estarán ordenadas por años, de más antiguo a más moderno, y a continuación alfabéticamente. Si un autor tiene varias entradas no es necesario repetir su nombre, basta con poner raya, para evitar reiteración. En cuanto a las fechas que siguen a la mención del autor, si algún año se repite, se distingue de cada entrada añadiendo una letra minúscula siguiendo el orden alfabético.

Por último, no debe mantenerse una separación de obras consultadas, es decir, deberá ofrecerse una lista única que englobe tanto las obras modernas, como aquellas que puedan ser más antiguas, junto a la legislación,

artículos y/o capítulos de monografías, etc. Solo se referenciarán por separado las fuentes de los archivos.

Explicación de las normas de redacción:

- a) Páginas escritas por una sola cara.
- b) Times New Roman 12.
- c) Interlineado: 1,5
- d) Márgenes:
 - Superior: 3 cm
 - Izquierdo: 3 cm
 - Derecho: 3 cm
 - Inferior: 3 cm
- e) Notas: siempre a pie de página. Times New Roman 10.
- f) Sistema de citación:
 - Se indicará entre paréntesis el apellido del autor/a en minúsculas, seguido del año y, en su caso, pági-na/s de la publicación.
Ej: (Rodríguez Villasante, 2010), (Rodríguez Villasante, 2010), (Rodríguez Villasante, 2010: 213-214).
 - En caso de que la cita esté integrada en el contenido del texto, solo se indicará entre paréntesis el año y página de publicación.
Ej: Según Rodríguez Villasante (2010); Tal como advierte Rodríguez Villasante (2010: 213); Para Rodríguez Villasante (2010: 213-214).
 - Si dos o más referencias tienen el mismo autor/a y año, se distinguirán entre sí con letras minúsculas a continuación del año y dentro del paréntesis. Esta distinción deberá mantenerse asimismo en el listado de referencias bibliográficas.
Ej: (Rodríguez Villasante, 2010a: 213), (Rodríguez Villasante, 2010b: 22).
 - Las referencias con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por la conjunción «y».
Ej.: (Kay y Tisdall, 1994), (Kay y Tisdall, 1994: 36).
- g) Esquemas de referencias bibliográficas:
 - Monografías: Apellido(s), Inicial(es) del autor. (año). *Título del libro (en cursiva)*. Número de edición (si no es la 1.^a). Lugar de publicación, Editorial. Número de páginas.

Rodley, N.S. (2000). *The Treatment of Prisoners Under International Law*. Oxford (U.K.), Oxford University Press. p. 35.

- Artículos de publicaciones seriadas: Apellido(s), Inicial(es) del autor. (año). Título del artículo (en redonda). *Título de la revista (en cursiva)*. Lugar, Editor. Numeración del volumen de la revista (número de la parte entre paréntesis), rango de página(s) precedidas de la abreviatura pp. Identificador normalizado.
Peñarrubia Iza, J.M. (2006). Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto general de 2005: algunas conclusiones para la reforma del derecho español. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 88, p. 19-56. ISSN 0034-9399.
- Legislación: País/Jurisdicción. (año). Título de la ley o título de la norma. *Título del documento fuente*. Numeración de la publicación, paginación.
- España. (2006). Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos de selección para el acceso al empleo de las personas con discapacidad. *Boletín Oficial del Estado*. 13 de junio, núm. 140, pp. 22530-22533.
- Documentos electrónicos: cuando las referencias procedan de un documento *electrónico* se deberá añadir detrás del título la expresión [en línea]. Al final de la referencia, cuándo se consultó el documento y dónde está disponible.

Papich, M.G. (2016). *Saunders Handbook of Veterinary Drugs* [en línea]. *Amsterdam, Elsevier*. [Consulta: 15 febrero 2017]. Disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/book/9780323244855#?>

NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la REDEM, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de “doble referee”. A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Éste se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la REDEM y se halla pendiente de publicación. De igual modo a los a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el Secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO

INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TÍTULO DE LA OBRA:

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, coherencia, fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS



SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL

