

2

ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR

ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR

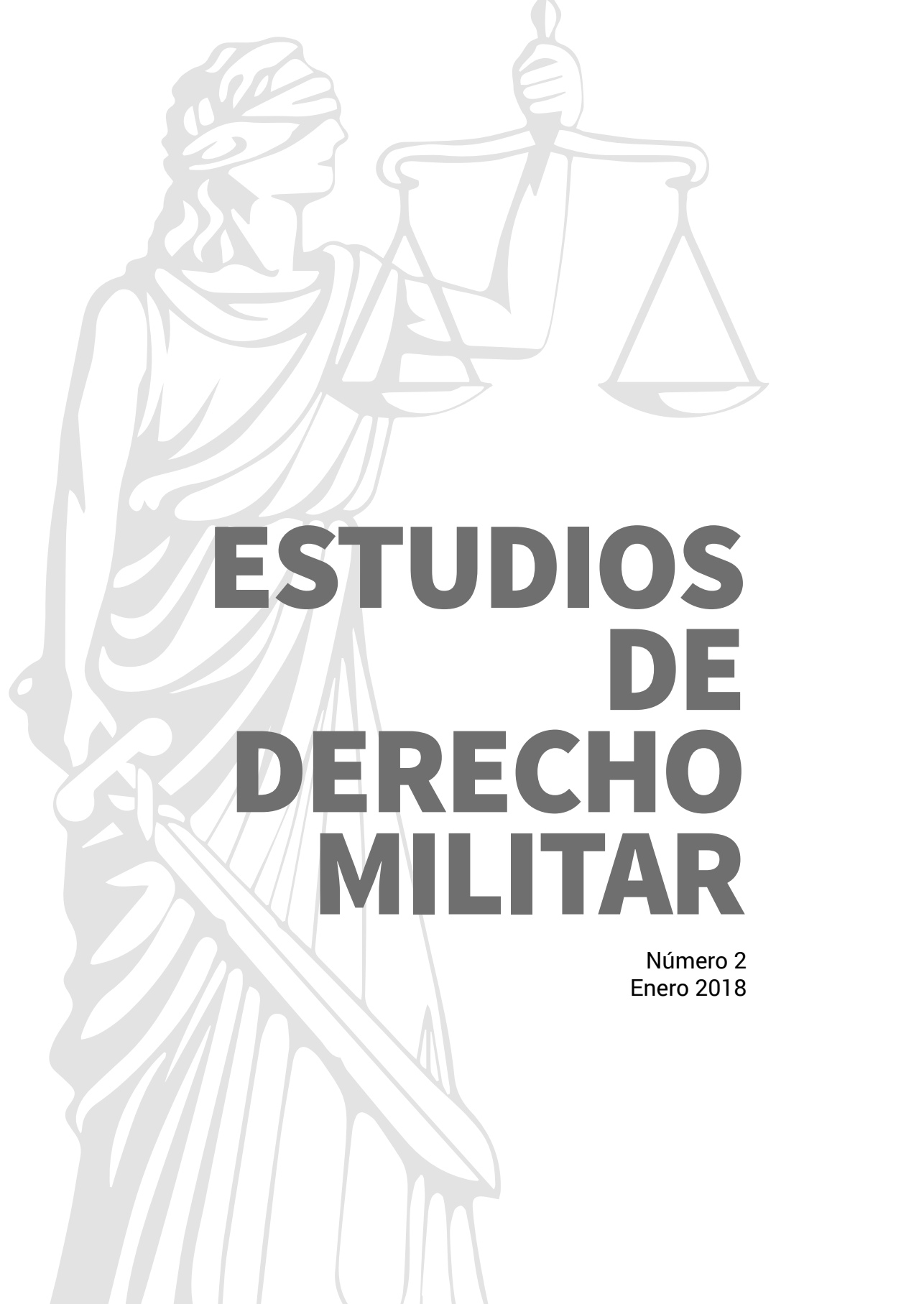
2



REAL ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



MINISTERIO DE DEFENSA

A stylized, light gray illustration of Lady Justice, the personification of the law. She is depicted from the waist up, wearing a blindfold and holding a pair of scales in her right hand and a sword in her left. The scales are balanced, and the sword is pointed downwards. The background is white.

ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR

Número 2
Enero 2018

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



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

© Autores y editores, 2018

NIPO: 083-16-399-X (edición papel)

ISSN: 2531-2316 (edición papel)

NIPO: 083-16-400-2 (edición en línea)

ISSN: 2531-2324 (edición en línea)

Depósito Legal: M-33563-2016

Fecha de edición: enero, 2018

Maqueta e imprime: Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del 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% reciclado libre de cloro.



ÍNDICE

EN TORNO AL OFICIO DE LAS ARMAS EN EL QUIJOTE.....	13
<i>D. Luis María Cazorla Prieto</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	13
II. REFERENCIA A LA VIDA MILITAR DE MIGUEL DE CERVANTES.....	15
A. El prestigio social de las armas.....	15
B. Cervantes y su intensa experiencia militar	17
III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LO MILITAR EN EL QUIJOTE	23
A. Introducción.....	23
B. La seriedad con la que Cervantes se pronuncia en el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»	24
C. Enfoque del «curioso discurso que hizo don quijote de las armas y de las letras» en cuanto al oficio de las armas.....	25
D. El método del «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras».....	26
E. El variado y rico contenido del «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras».....	27
F. La ética militar en el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras».....	27
G. Naturaleza del ejercicio del oficio de las armas según el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras».....	28
H. Las funciones del oficio de armas en el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»	29

I. Las virtudes propias del oficio de las armas en el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras» y en otros pasajes de don Quijote de la Mancha.....	30
1. Sobre la obediencia	30
2. Sobre la ejemplaridad en el mando	31
3. Sobre la escasa retribución material y la elevada en la honra del oficio de las armas.....	33
4. En torno al servicio a la patria del oficio de las armas.....	35
5. Sobre la proporcionalidad en el ejercicio de las armas.....	36
6. La solidaridad, el compañerismo y el sentido de pertenencia a una misma unidad en el oficio de las armas.....	36
7. La flexibilidad y la capacidad de adaptación del oficio de las armas.....	37
8. La posible jerarquía del oficio de las armas con respecto al de las letras y dentro de sí.....	37
IV. LA IDEALIDAD SOBRE LA QUE SE CONSTRUYE EL OFICIO DE LAS ARMAS FRENTE A LA REALIDAD DE ESTE OFICIO PARTICULARMENTE EN COMPARACIÓN CON EL DE LAS LETRAS EN EL TIEMPO EN EL QUE SE ESCRIBE EL QUIJOTE	39
A. Planteamiento.....	39
B. La distinta realidad geopolítica y de la realidad social del oficio de las armas con respecto al de las letras	40
V. MUY BREVES CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS	41
POSICIÓN JURÍDICA DE LA OTAN: CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE SU INSTITUCIONALIZACIÓN (ASESORAMIENTO JURÍDICO EN LA OTAN).....	43
<i>D. Andrés B. Muñoz Mosquera</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	43
II. LA TELEOLOGÍA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES..	45
III. OTAN - LA IDEA	48
IV. EL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE – EL ACTIVADOR DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OTAN.....	50
V. OTAN COMO ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL FUNCIONAL	53
VI. EL ESTATUS JURÍDICO DE LA OTAN	57
1. Personalidad jurídica.....	58
1.1. Particularidades de la personalidad jurídica de la OTAN.....	60
1.2. Personalidad jurídica en el plano internacional	69
1.3. Personalidad jurídica en el plano doméstico.....	75

2. La capacidad jurídica.....	80
2.1. <i>En el plano del derecho internacional</i>	81
2.2. <i>En el plano del ordenamiento jurídico interno</i>	86
3. Competencia (poderes)	89
3.1. <i>Competencias otorgadas a la OTAN</i>	91
3.2. <i>Poderes implícitos de la OTAN</i>	94
3.3. <i>Tres paradojas sobre las competencias de la OTAN</i>	98
VII. INMUNIDADES.....	107
1. Inmunidades en OTAN – casos de SHAPE.....	110
VIII. RESPONSABILIDAD.....	115
1. La toma de decisión en la OTAN.....	115
2. El flexible velo institucional de la OTAN.....	117
IX. CONCLUSIÓN	122
EL COSTE DE LA GUERRA. FINANCIACIÓN Y DECISIONES MILITARES EN ALGUNOS CONFLICTOS DEL SIGLO XX*	125
<i>D. Antonio Vaquera García</i>	
I. INTRODUCCIÓN: CAUSAS Y OBJETIVOS.....	125
II. METODOLOGÍA UTILIZADA.....	127
III. SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	128
A) Polonia y Noruega.....	128
B) Batalla del Atlántico.....	132
C) Inglaterra y León Marino.....	135
D) Rommel y norte de África.....	140
E) Guerra en el este: Barbarroja y Stalingrado	144
F) Pearl Harbor	149
G) Mar del Coral y Midway	150
H) Normandía	154
I) Arnhem	156
J) Ardenas	159
IV. COREA.....	161
V. VIETNAM.....	163
VI. CARRERA ESPACIAL.....	166

EL MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DE LAS OPERACIONES MILITARES EN EL CIBERESPACIO: LIMITACIONES Y DIFICULTADES DE ACTUACIÓN DE LOS ESTADOS EN TIEMPOS DE PAZ Y DE CONFLICTO ARMADO	169
<i>D^a. Cristina Amich Elías</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	169
II. EL CIBERCRIMEN	172
III. EL CIBERESPIONAJE.....	175
IV. CIBEROPERACIONES MALICIOSAS.....	176
V. OPERACIONES DE PAZ Y CONFLICTOS ARMADOS.....	184
VI. CONCLUSIONES.....	186
VII. BIBLIOGRAFÍA	188
Libros y Artículos.....	188
Otras fuentes.....	188
EL USO DE LA FUERZA EN LAS OPERACIONES MILITARES CONTEMPORÁNEAS: PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA DETENCIÓN DE PERSONAS	191
<i>D. Ramón Martínez Guillem</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	191
II. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LOS DISTINTOS ESTÁN-DARES EN RELACIÓN CON EL USO DE LA FUERZA. EL PARADIGMA POLICIAL-JUDICIAL Y EL DEL CONFLICTO ARMADO.....	193
III. DIH Y DIDH. ¿CONFLICTO O COMPLEMENTARIEDAD?.....	197
IV. LOS CONFLICTOS CONTEMPORÁNEOS.....	201
V. LA DETENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL.....	203
VI. CLASES DE DETENCIÓN	205
VII. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA EN EL DIDH. LA PRESUNCIÓN A FAVOR DE LA LIBERTAD	206
VIII. EL CONTENIDO DEL DERECHO EN CASO DE DETENCIÓN.....	209
IX. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD VINCULADA AL CONFLICTO ARMADO. LOS PRISIONEROS DE GUERRA	212
X. EL INTERNAMIENTO: DETENCIÓN DE CIVILES POR MOTIVOS DE SEGURIDAD.....	215
XI. LAS CATEGORÍAS RESIDUALES DE DETENIDOS EN EL MARCO DEL DIH RELATIVO A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES.....	217

XII. LOS DETENIDOS EN SITUACIONES DE VIOLENCIA DISTINTAS AL CONFLICTO ARMADO DE NATURALEZA INTERNACIONAL	218
XIII. UN ENFOQUE DOCTRINAL AUTORIZADO EN RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS: EL CRITERIO DE JELENA PEJIC.....	219
1. Principios Generales de la Detención.....	220
2. Garantías de Procedimiento	221
XIV. EL PROCESO DE COPENHAGUE.....	223
XV. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	228
XVI. CONCLUSIONES.....	230
LOS DELITOS DE OMISIÓN DE LOS MANDOS MILITARES Y SUPERIORES CIVILES ANTE LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	231
<i>D^a. Ana M. Garrocho Salcedo</i>	
I. CUESTIONES PRELIMINARES.....	232
II. LOS SUJETOS ACTIVOS EN LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR <i>EX</i> ART 615 BIS CÓDIGO PENAL.....	234
2.1. Los jefes y autoridades militares o quienes actúen efectivamente como jefes militares.....	235
2.2. Los superiores no militares	237
III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OMISIONES PUNIBLES PRESENTES EN EL ART 615 BIS CÓDIGO PENAL.....	238
IV. EL DEBER ESPECIAL DEL SUPERIOR DE EVITAR LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS	239
4.1. Consideraciones generales.....	239
4.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior prevista en el art 615. 1, 2 y 4 bis Código Penal.....	240
4.3. Imputación de la conducta y del resultado. Límites a la imputación.....	241
4.4. La responsabilidad de los jefes militares y no militares por no evitar dolosamente los crímenes de los subordinados	247
4.4.1. <i>La prueba del conocimiento</i>	248
4.5. La responsabilidad de los jefes militares por no evitar con imprudencia grave los crímenes de los subordinados	250
4.5.1. <i>Consideraciones previas</i>	250
4.5.2. <i>La justificación de la inclusión de la responsabilidad por imprudencia de los jefes militares</i>	252
4.5.3. <i>La delimitación del deber de cuidado de los jefes militares</i>	254

V. EL DEBER ESPECIAL DEL SUPERIOR A PERSEGUIR LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS <i>EX POST FACTO</i>	257
5.1. Clasificación de la omisión punible.....	257
5.1.1. <i>Bien jurídico protegido</i>	259
5.1.2. <i>Elemento subjetivo y consumación</i>	261
5.1.3. <i>Concursos</i>	261
VI. EL DEBER GENERAL DE LOS FUNCIONARIOS Y DE LAS AUTORIDADES DE PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES..	262
VII. BIBLIOGRAFÍA	263
SERVICIOS DE INTELIGENCIA: DERECHO, SEGURIDAD NACIONAL Y DEFENSA	267
<i>D. Rafael José de Espona</i>	
INTRODUCCIÓN	267
I. INTELIGENCIA Y MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL.....	269
II. LOS ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA	270
CNI (Centro Nacional de Inteligencia)	271
CIFAS (Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas)	272
SIGC (Servicio de Información de la Guardia Civil)	273
CGI-CNP (Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía)	274
CITCO (Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado)	274
III. AUTORIDADES SOBRE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA	275
La Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia (ANIC).....	275
La Autoridad Nacional de Seguridad Delegada (ANS-D)	275
La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia (CDGAI) ..	275
IV. COORDINACIÓN DE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA	276
V. CONTROL EXTERNO DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA	276
VI. NUEVO MARCO DE SEGURIDAD NACIONAL Y POTENCIACIÓN DE LA INTELIGENCIA COMO FUNCIÓN DE ESTADO	278
El Departamento de Seguridad Nacional (DSN)	279
El proyecto Sistema de Inteligencia Económica (SIE).....	280
El Consejo de Seguridad Nacional (CSN)	280
VII. CONCLUSIONES.....	281
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	283

LOS SECRETOS OFICIALES. PARTICULARIDADES EN EL ÁMBITO MILITAR.....	285
<i>D. Ricardo Martínez Martín</i>	
I. INTRODUCCIÓN.....	285
II. REGULACIÓN DE LAS MATERIAS CLASIFICADAS.....	287
Contenido formal y material de la Ley.....	287
III. PARTICULARIDADES EN EL ÁMBITO MILITAR.....	289
IV. TRATADOS INTERNACIONALES.....	290
Información clasificada OTAN.....	290
Unión Europea Occidental (disuelta con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 30/06/2011).....	291
Unión Europea.....	292
La Autoridad Nacional de Seguridad.....	292
V. SEGURIDAD INDUSTRIAL EN LAS FUERZAS ARMADAS.....	293
Introducción.....	293
Ideas generales.....	293
Distribución competencial.....	295
En el Ministerio de Defensa.....	295
Disposiciones específicas.....	295
La habilitación de seguridad.....	300

EN TORNO AL OFICIO DE LAS ARMAS EN EL QUIJOTE

Esta conferencia inaugural del curso de la Sección de Derecho Militar 2016-2017 ha sido redactada en agradecimiento al Ministerio de Defensa, encarnado en su titular don Pedro Morenés, que otorgó a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el premio extraordinario de Defensa 2016 por «su relevante trayectoria en la difusión, a través del fomento de la ciencia del Derecho, del conocimiento de la defensa y la imagen de las Fuerzas Armadas, muy especialmente desde su Sección de Derecho Militar».

I. INTRODUCCIÓN

He dedicado últimamente muchas horas a releer el Quijote ahondando en un texto que me atrajo poderosamente desde la primera lectura que me impusieron a principios de los años sesenta del siglo pasado en el colegio marista en el que me formé.

En la obra culminante de Miguel de Cervantes se mezclan, junto a otros muchos, dos ingredientes con armonía total y destreza sin igual.

Me refiero, por una parte, a la cuajadísima experiencia basada en una vida repleta de peripecias¹ y en «su curiosidad innata»², y,

1 Un tan consumado conocedor de la obra cervantina como A. TRAPIELLO, con eco de lo que señalo, se refiere a las vidas de Miguel de Cervantes para subtitular su libro *Miguel de Cervantes*, Ediciones Folio S.L., Madrid, 2004. Como señaló M. AZAÑA con respecto a Cervantes, *La invención del «Quijote» y otros ensayos*, Espasa-Calpe, Bilbao, Madrid, Barcelona, 1ª edición, 1934, página 50: «Ambicioso más por el ansia de adornar la vida que por instinto rapaz y vanagloria, halló diversos caminos sin andar resueltamente ninguno. Paje, soldado, alcabalero, colector de víveres y otros oficios en que fuese cayendo, los tuvo a no poder más».

2 J. M. LUCÍA MEGIAS, *La juventud de Cervantes. Una vida en construcción*, Edif, Madrid, México, Buenos

por otra, a un omnipresente idealismo o presencia poderosa de ideas propias que nos muestran una mente viva y bien nutrida que destila por doquier sabiduría plasmada en jugosas opiniones personales puestas en boca de los numerosos personajes que se pasean por las páginas del Quijote. Como escribe Jean Canavaggio: «Así y todo, tantas experiencias biográficas, intelectuales y literarias del autor vienen a confluir, de un modo u otro en las ficciones cervantinas, que el lector del Quijote no puede resistir el deseo de aventurarse por la senda que le lleva a descubrir una nueva forma de entroncar vida y literatura»³.

La intensidad de la vida de Cervantes, su poderosa mente y el cúmulo de ideas que engendra con el alimento de la experiencia atesorada asombran constantemente en la lectura de la obra por excelencia del genio alcalaíno. De «autobiografismo decantado por un propósito artístico, una constante voluntad de estilo» nos habla Jean Canavaggio⁴.

Cuando más releo el Quijote más me maravillo de la riqueza de ideas construidas sobre una variadísima experiencia que desfila por sus dos partes, y la intensidad expositiva con la que Cervantes lo hace. Lástima que el entendimiento y disfrute de tanta riqueza se vean entorpecidos por el empobrecimiento léxico que a casi todos nos apoca en mayor o menor medida, y que contribuyen a superar magníficas ediciones del Quijote, como la del Instituto Cervantes dirigida por el Académico Francisco Rico, que derrocha conocimientos transmitidos con precisión y galanura⁵.

Cervantes no escribe, pues, en el vacío existencial, se nutre caudalosamente de una cuajadísima trayectoria vital. Pero tampoco lo hace basándose exclusivamente en lo vivido. El conocimiento del que hace gala sobre la realidad donde se cimentan los innumerables episodios del Quijote no se emborracha y deja arrastrar por la fuerza de lo vivido. Magistralmente se mezcla, sin perder los perfiles propios —¡he aquí otra de las genialidades cervantinas!— con el idealismo del que nunca se despoja la asombrosa mente de Cervantes⁶. En tal sentido Ramón Menéndez Pidal, a la hora de recalcar el valor humano del Quijote, afirma que se une «en él el vigoroso realismo y las más altas aspiraciones del alma»⁷.

Aires, San Juan, Santiago, 2016, página 131, alude a «su curiosidad innata, su deseo de leer todo lo que caía en sus manos, de aprender todo lo que le podían enseñar las personas con las que se cruzó en su vida».

3 J. CANAVAGGIO, «Vida y literatura: Cervantes en el "Quijote"», en *Don Quijote de la Mancha*, Instituto Cervantes-Crítica, edición dirigida por Francisco Rico, Madrid, 1998, página XLI.

4 J. CANAVAGGIO, «Vida y literatura », LIII.

5 Esta edición es la del Instituto Cervantes y Crítica, ya citada.

6 Como escribió J. ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*, Obras completas, tomo I 1902/1905, Taurus, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2004, página 810, sobre el mundo ideal, poético y de lo real cervantino: «Don Quijote es la arista en la que ambos mundos se cortan formando un bisel».

7 R. MENÉNDEZ PIDAL, prólogo al libro de J. A. MARAVALL, *Humanismo de las armas en el Quijote*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948, página XIV. Existe una segunda edición del libro publicada bajo el título *Utopía y contrautopía en el Quijote* por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Visto lo cual, tengo para mí que todo estudio sobre cualquiera de los innumerables aspectos que el Quijote brinda ha de conjugar lo que Cervantes vivió al respecto, esto es, la realidad que tuvo que afrontar, con la idealidad entendida como conjunto de ideas, pensamientos u opiniones amasadas por su excepcional inteligencia.

En palabras escuetas, un estudio sobre el trasfondo militar del Quijote reclama combinar hechos militares o paramilitares de la vida del genio de Alcalá de Henares con sus ideas personales en la materia castrense.

Por ende, debemos adentrarnos con la brevedad exigida por la naturaleza de este trabajo en los hechos castrenses que se anudaron a la vida de Miguel de Cervantes, lo cual engarzaremos más tarde con sus opiniones acerca de la milicia y los hombres de armas.

II. REFERENCIA A LA VIDA MILITAR DE MIGUEL DE CERVANTES

Procede ahora una referencia a la vida militar de Miguel de Cervantes, a los hitos de esta naturaleza que jalonaron su ubérrima trayectoria vital.

Recogeré ciertos hechos con los que se engranan los individuales de Cervantes.

A. El prestigio social de las armas

Las dos partes que componen el Quijote se escriben en los primeros quince años del siglo XVII, época en la que «había ejemplos admirables, pues en la historia más reciente de las Españas, de fusión entre milicia y literatura, y hasta de una fusión en la que el guerrero se erige en quintaesencia de lo poético, como atestiguan unos bellísimos y celebérrimos tercetos del capitán Aldana, en los que se contraponen la muelle y afeminada existencia del cortesano a la arriscada y valerosa existencia del guerrero»⁸. No cabe duda de que Cervantes convive con un hecho social que alcanza sólido eco en él: el prestigio de la vida militar, prestigio medido, además en términos relativos, es decir, en comparación con la vida cortesana y por extensión con la vida política en general.⁹

8 L. A. de CUENCA, «Cervantes, soldado y escritor», Miguel de Cervantes de la vida al mito. (1676-2016), Biblioteca Nacional, Acción Cultural española, Madrid, 2016, página 5 de las introductorias al catálogo. Sobre la obra poética de este capitán de los tercios muerto en la batalla de Alcazarquivir puede verse en *Armas y letras en el Siglo de Oro español* (antología poética), edición de Víctor García de la Concha, Ministerio de Defensa, Biblioteca Nacional, Madrid 1998, páginas 71 y siguientes.

9 Como escribe A. Trapiello, *El final de Sancho Panza y otras suertes*, Ediciones Destino, Barcelona, 2014, página 135: «Y aunque todos le oímos el marmóreo discurso de las armas y las letras, y está impreso, donde dejó sentado lo muy superiores que eran las armas a las letras, creyéndose él más de aquellas que de estas, fueron las letras las que él cultivó toda su vida, y lo que le volteó el juicio no fueron las letras, sino el deseo de tomar las armas, y cuando practicó estas lo hizo a lo recreativo».

Este hecho colectivo alimenta los ideales cervantinos y se plasma en uno de los pasajes que por su tino y belleza ha atraído más a los estudiosos y lectores del Quijote. Me refiero al capítulo XXXVIII de su primera parte: «Que trata del curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y las letras», y que ocupará más adelante muchas líneas de este trabajo.

Cervantes bebe en el hecho colectivo o social del prestigio de las armas, lo transforma en una pujante idea que traduce en páginas de gran belleza literaria «Cervantes pone en boca de don Quijote —escribe Luis Alberto de Cuenca— su “discurso de las armas y las letras” casi setenta años después de que el poeta, cortesano y guerrero Garcilaso de la Vega perdiera la vida en el asalto de Le Muy, cerca de Fréjus, en Provenza (1536), o más de veinte años después de que el capitán Francisco de Aldana exhalara su último suspiro en la aciaga jornada de Alcazarquivir (1578) donde perdió Portugal a su rey y mesías don Sebastián, honra y prez de la caballería de su tiempo y pasto de futuras lucubraciones románticas»¹⁰. Cervantes respira este ambiente pero por el momento domina su fuerte vocación de escritor, de poeta en los momentos iniciales de su carrera literaria. Con veinte años se le conoce el primer soneto dedicado a Isabel de Valois. Este primer poema de Cervantes permite comprobar su vinculación con la vida cultural de palacio, en especial con la que reunía a su alrededor el príncipe don Carlos, entre los que se encontraba su ayuda de cámara el poeta Pedro Laínez, cuya amistad con Cervantes tuvo que comenzar en estos años. El soneto de Cervantes, según algunos críticos, está inspirado en dos octavas reales inéditas que el propio Laínez le dedicara al príncipe heredero, y que Cervantes podría haber escuchado en la Academia del Duque de Alba, en la “alcobilla”: «Príncipe digno bien de cuanto el cielo (Al príncipe don Carlos en Alcalá)».

Un año después 1569, la corte está de luto: a la muerte del príncipe Carlos (24 de julio), le sucede la de la reina, la delicada Isabel de Valois (3 de octubre).

«Cervantes participará en la decoración escrita del túmulo de la reina muerta en el monasterio de San Francisco con las siguientes composiciones: un epitafio en sonero (“Aquí el valor de la española tierra”), acompañado de una copla en redondillas castellanas (“Cuando un estado dichoso”) (fols. 148v-149r); y una elegía que “en nombre de todo el Estudio el sobredicho compuso, dirigida al ilustrísimo y reverendísimo cardenal don Diego de Espinosa” (“A quien irá mi doloroso canto”) (fols. 157c-162r)»¹¹.

Sin embargo, «a Cervantes empieza a faltarle algo —escribe Jordi Gracia—. No veo retórica ni mera imitación en las ansias de pelea de esa epístola a Espinosa cuando confiesa Cervantes la frustración de quien “no ha gustado de las

10 L. A. DE CUENCA, *op. cit.*, página 5. Sobre la admiración de Cervantes a Garcilaso de la Vega escribe M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *Cervantes visto por un historiador*, Espasa Calpe, Madrid 2005, páginas 73 y 74.

11 J. M. LUCÍA MEGÍAS, *La juventud de Cervantes. Una vida en construcción*, Edaf, Madrid, México, Buenos Aires, San Juan, Santiago, 2016, páginas 114 y 115.

guerras” porque vivir así es como si “Dios del cielo le destierra”; es verdad para Cervantes que “no se coronan en la gloria” más que “los capitanes valerosos, que llevan de sí mismos la victoria”. A la luz de esto que escribe Cervantes, Jordi Gracia añade: «Aunque no existe aún, el soldado ya está ahí porque los modelos que activan su imaginación son esos poetas y soldados»¹².

B. Cervantes y su intensa experiencia militar

Cervantes inhala con fuerza el prestigio de las armas que llena sus juveniles pulmones. Pero no los llena tanto como para vencer inicialmente su decidida inclinación por las letras y seguir en Madrid las enseñanzas del maestro Juan López de Hoyos, quien califica a Cervantes de «caro y amado discípulo»¹³.

Recalará más tarde en las armas por necesidad, por exigente necesidad, no por vocación del primer momento.

«Una pequeñez, posiblemente: un aturdimiento juvenil, una riña, acaso callejera, pero en la que hay violencia, hay derramamiento de sangre, hay un herido y un agresor. Y como hubo pelea, espada en mano, y como había corrido la sangre —y todo ello en el corazón de la Corte, en aquel Madrid filipino— la justicia intervino, y Miguel de Cervantes, para evitar males mayores, se dio a la fuga, pero no pudo evitar que la Justicia dictase sentencia en su contra»¹⁴. La sentencia fue ¡perder la mano derecha!, «lo más duro que podía ocurrirle a nuestro joven escritor, casi más que la muerte, pues era como condenarle a dejar su oficio, su vocación, la ilusión de su vida», apostilla el insigne historiador Manuel Fernández Álvarez¹⁵.

12 J. GRACIA, *Miguel de Cervantes. La conquista de la ironía*, Taurus, Barcelona, 2016, página 31.

13 Recojo la cita de J. GRACIA, «Miguel de Cervantes », página 28.

Como escribe A. TRAPIELLO, «Miguel de Cervantes », página 51: «La figura de López de Hoyos, para muchos no más que el nombre de una calle de Madrid, ha sido siempre mirada con gran simpatía: no solo por haber sido el maestro de Cervantes, y tal vez el que más le alentara a seguir el camino de las letras, como por haber visto en él a un alumno excepcional».

14 M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Cervantes », página 56.

J. M. LUCÍA MEGÍAS, «La juventud de Cervantes », página 129, matiza la versión de los motivos de la salida de Cervantes de España: «El documento de 1569 en realidad llena de detalles novelesco la salida de Cervantes de Madrid, que quizás fuese testigo de una realidad mucho más prosaica: la posibilidad de un viaje seguro a Roma, acompañando al séquito de Acquaviva, para así estar más cerca de Zúñiga, ahora embajador en la Ciudad Eterna, que le podría abrir las puertas de las escribanías de los nobles asentados en la ciudad, lo que presupone que no tuvo mucho éxito en su acercamiento al cardenal Espinosa ni a su secretario Mateo Vázquez en la corte madrileña. O quizás, Roma era el punto de partida para enrolarse en los tercios, que ofrecían a un hidalgo como él unas posibilidades de futuro que se le negaban en otros campos en los que triunfan los “letrados”».

En todo caso, este mismo autor, página 133, pone de relieve que con quien tuvo la trifulca Cervantes no era un ganapán acudiendo a término cervantino, sino alguien con peso en la corte de los Austrias. En efecto, «Antonio de Sigura estuvo muy vinculado a la corte y a la casa del rey, pues fue aparejador de las obras del alcázar de Madrid y de otras construcciones reales en Aranjuez y en el Pardo».

15 M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Cervantes », página 57.

Ante tamaña amenaza no le queda más remedio que poner tierra de por medio. En algún momento pudo pasearse por su cabeza la duda entre Flandes e Italia para hallar refugio. Las gestas guerreras aun no apagadas del emperador y las de otro estilo de su hijo Felipe atraen sus ojos. Vence Italia en donde al escenario de numerosos campos de batalla se suma el resplandor monumental, artístico y literario que alimentará copiosamente de sensaciones proyectadas después en su extensa obra al joven alcalaíno de veintidós años.

A través de una Barcelona tan presente en la obra cervantina llega a Roma en 1569.

Deslumbrado, está tan sediento de sentir y aprender como desprotegido. Tiene que cobijarse bajo las alas benefactoras de algún prohombre que lo acoja y le permita seguir aprendiendo y afilando su pluma contenida ante el sinnúmero de avatares que ha vivido.

Encuentra en el cardenal Julio Acquaviva el protector ansiado. Casi tan joven como él, conocía España, pues había estado en Madrid como portador del pésame de Pío V por la muerte del príncipe Carlos, el malhadado hijo del Rey Prudente, y había vivido también allí los infaustos días de la muerte de Isabel de Valois, la querida tercera esposa de Felipe II.

Cervantes está inicialmente cómodo, sus sentidos se embotan de riqueza cultural y su baúl sentimental e intelectual se colma de insaciables lecturas que despuntaron a lo largo de su fructífera obra literaria. Acquaviva le entiende y lo respeta; en cierto modo, él culto y amante de las letras, admira a aquel joven apenas un año menor que tanta pujanza de pensamientos, ansias de vivir y aprender y experiencia exhibe.

Pero el dios Marte acecha y no se resiste más a enhebrar sus hilos con los de la vida del alcalaíno. En su cabeza retumban los tambores de la milicia. Las opciones para quien «quisiere valer y ser rico», son «iglesia o mar o casa real¹⁶» recogerá este refrán en el capítulo XXXIX, «Donde el cautivo cuenta su vida y sucesos», de la primera parte del Quijote. De la carrera eclesiástica no quiere ni oír, de sus intereses de entrar no ya en la casa real sino en alguno de sus aldeaños uniéndose a la nueva clase despuntante, la de los letrados, no ha obtenido el resultado apetecido a pesar de los intentos cerca, entre otros, del cardenal Diego de Espinosa y de Mateo Vázquez. Él que quiere «valor y ser rico», si bien la forma que más aprecia de «ser rico» sea la de «valer», no tiene, pues, más remedio que mirar hacia las armas, cuya semilla había viajado ya

16 Don Quijote de la Mancha, edición citada, página 451.

Como señala L. ASTRANA MARÍN, *Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948, tomo I, página 263: «Será preciso, pues, detenernos aún en la vida del soldado de entonces, para formarnos idea de la que llevó CERVANTES desde el punto y hora en que sentó plaza y hubo de recorrer Italia entera. Sin ello despojaríamos a este período (del que tanto se glorió) de su cabal y exacto conocimiento, y a su biografía de una esencial faceta».

con él desde España, en el entendido, que también plasma en dicho capítulo «que ya que la guerra no dé muchas riquezas, suele dar mucho valor y mucha fama».

Acquaviva es amigo de Ascario Colonna, que como tal frecuenta su casa. No hay que descartar que trabara relación también con un Cervantes imantado por el apellido de una de las grandes familias romanas. Cuna de numerosos pontífices, y en aquellas fechas de Marco Antonio Colonna, almirante de la flota de los Estados Pontificios.

No ha de extrañar que Cervantes, con la comezón del prestigio de las armas que arrastraba desde España, oyera hablar con curiosidad de la amenaza del poderío turco —¡el terrible Euldj Alí se había apoderado de Túnez en 1570, el bastión conquistado con tanto heroísmo por Carlos V en 1535— y de las negociaciones que culminarían en la formación de la Santa Liga para luchar contra el acechante y codicioso turco.

La alianza conocida como la Santa Liga se firma, por fin, el 25 de marzo de 1571 y ya antes los preparativos militares de venecianos, pontificios y españoles empiezan a sacudir la vida de ciudades tan importantes como Roma.

Pero aún antes, en julio de 1570, siente la irresistible atracción por las armas y «se alista en la compañía del capitán D. Diego de Urbina del tercio del maestre de campo D. Miguel de Moncada, que pasó a Italia después de la campaña de Granada contra los sublevados de las Alpujarras»¹⁷.

Tampoco tardaría Cervantes en verse embarcado como soldado bisoño con su compañía en la armada cuyo capitán general acabaría siendo después de muchos dimes y diretes el aureolado Juan de Austria.

Se busca el motivo concreto que llevó al genio de las letras a alistarse en julio, incluso antes de la firma de la Santa Alianza abandonando las comodidades que la protección de Acquaviva le brindaba¹⁸.

En mi opinión, que no hay uno concreto y sí muchos y generalmente difusos entreverados. El prestigio de las armas que tanto le empapaba, su ilimitado afán por vivir muchas vidas, algo que proporcionaría tanta riqueza a su máxima vocación, la literaria, y su agudeza intuitiva que pudo contribuir a ver que se le ofrecía la magnífica oportunidad de zambullirse en un hecho histórico trascendental que podría enriquecer su acervo vital y su menguado bolsillo

17 F. RAMOS OLIVER, «El servicio de las armas en el Quijote», *Revista de Historia Militar*, I extraordinario de 2015, página 86.

18 Escribe A. TRAPIELLO, «Miguel de Cervantes », página 58: «Qué o quién movió a Cervantes hacia julio de 1570 a alistarse en la armada que iba a partir contra el turco es cosa que nadie sabe. Quizá hartazgo de la servidumbre con Acquaviva, tal vez porque desease ganar fama en las armas, quizá porque, siendo pobre, en las armas tuviese soldada segura. Lo dirá Cervantes por boca de don Quijote, años después, cuando éste platica con el ama y su sobrina: "Dos caminos hay, hijas, por donde puedan ir los hombres a llegar a ser ricos y honrados: el uno es el de las letras; otro, el de las armas. Yo tengo más armas que letras". Cervantes tendría más letras que armas»

podrían haberle movido a dar un paso que le permitió encarnar durante cuatro años aproximadamente la condición de soldado de los tercios viejos.

La gran batalla de Lepanto que dirigió Juan de Austria por parte de la Santa Alianza desde la galera la Real y por la del turco Alí Racha desde la Sultana, tuvo en Cervantes uno de los muchos actores integrados en la Santa Alianza —28.000 soldados, 12.920 marineros y 43.500 remeros, total 84.400— que la vivieron de incontables maneras. Cervantes lo hizo como un arrojado y eficaz arcabucero desde la galera la Marquesa; a pesar de que las fiebres hicieran presa en él en los días precedentes pujó por situarse, como hizo, en primera línea. La estampa al buril denominada la batalla de Lepanto obra de Giovanni Battista de Cavallieri, que guarda la Biblioteca Nacional, recoge lo que allí ocurrió. Cavallieri «destaca dos elementos esenciales: la crudeza de la batalla que se aprecia en la gran cantidad de cuerpos caídos en el mar, y el hecho de cómo las tropas cristianas fueron ayudadas por la divinidad. La victoria estaba asegurada»¹⁹.

A partir de estos momentos la experiencia militar de Cervantes puede calificarse como intensa, prolongada y le imprimió una hondísima huella espiritual, intelectual y física.

Busco una pincelada sobre la intensidad y la encuentro muy sintéticamente en el historiador Manuel Fernández Álvarez: «Pero lo que quiero destacar, desde el primer momento, es que la hoja de soldado del que todavía podríamos seguir denominando joven poeta alcalaíno no se reduce al expediente del que vive un cierto tiempo la rutinaria vida de guarnición, sino del que tiene la experiencia, personal y directa, de una de las acciones más nombradas de la historia: la de Lepanto. Una batalla en la que Cervantes participa heroicamente —y aquí el término heroico adquiere toda su grandeza—, hasta el punto de que le faltaría poco para perecer en la contienda, en la que saldría muy maltratado físicamente, pero de la que guardaría un recuerdo emocionado, como algo grandioso de lo que estaría profundamente orgulloso toda su vida»²⁰.

Los momentos sangrientamente dramáticos que vive en Lepanto no le arredran en su entrega militar. Quien ya a finales de 1574 sería reconocido como «soldado aventajado» debido a sus méritos castrenses pasó unos meses en un hospital en Messina para reponerse de las heridas recibidas en Lepanto. Repuesto, no rehúye el estruendo bélico. Así, «intervino después en las acciones de Novarino, Corfú, Bizerta y Túnez, bajo el mando del capitán D. Manuel Ponce de León, primero en el tercio de D. Lope de Figueroa, conocido hasta ese momento como de “Granada”, puesto que fue creado ex profeso para dicha campaña, y después

19 «Miguel de Cervantes soldado», en el catálogo de la exposición Miguel de Cervantes: de la vida al mito (1616-2016), *op.cit.*, página 80.

20 M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Cervantes », páginas 87 y 88.

en el tercio de Sicilia, a partir de 1573, cuando varias compañías del primero pasan a engrosar éste»²¹.

La intensidad de la vida militar del alcalaíno está acreditada.

También se puede acreditar lo prolongado de ella. Como arcabucero integrado en las filas de los tercios Cervantes permanece, con mayor o menor trajín bélico, hasta finales de 1574. Como recuerda Andrés Trapiello: «A finales de 1574 dio por acabada su vida de soldado. Permaneció en Nápoles hasta el 20 de septiembre de 1575. Luego partió de Italia»²².

Parte de Italia con una huella tan presente en toda su magna obra tanto en la faceta cultural como en la militar²³; «este entrelazamiento entre la espada y la pluma es Cervantes quien mejor lo encarna, pues toda su literatura está empapada de vivencias castrenses», considera Eduardo Serra Rexach²⁴. Tan presente está lo militar que un historiador tan acreditado como Manuel Fernández Álvarez se atreve a afirmar que «sobre todo, lo que le mueve al regreso es pugnar por un ascenso en su nueva carrera de las armas»²⁵. Yo sí que soy atrevido al permitirme matizar la opinión de tan docto maestro. Lo hago después de haber leído páginas y páginas sobre la vida y obra cervantinas y haber prendido en mi mente una idea muy hecha de la personalidad y del carácter del príncipe de las letras españolas. Hay que tomar por cierto que la ambición de seguir haciendo carrera militar animó el retorno de Cervantes a la capital del imperio. No en vano «pocos soldados comunes, sin apellido ni linaje, podían regresar respaldados por dos cartas de recomendación firmadas por don Juan de Austria y el duque de Sessa, como las que exhibe él todavía en Nápoles ese verano. Van las dos dirigidas al rey y suplicaban —dice un testigo— “que le diese una compañía de las que se hiciesen en España para Italia, pues era hombre de méritos y servicios”»²⁶.

21 F. RAMOS OLIVER, «El servicio de armas », página 87.

Sobre el alcance de la pertenencia de Cervantes al tercio de Sicilia puede consultarse el interesante trabajo de M. A. DOMÍNGUEZ RUBIO, Sargento 1º del Regimiento de infantería Tercio viejo de Sicilia número 67, «Cervantes, soldado de infantería en el tercio de Sicilia», *Revista de Historia Militar*, I extraordinario de 2015, páginas 155 y siguientes. Es notable la información que aporta y la bibliografía a la que se refiere.

22 A. TRAPIELLO, «Miguel de Cervantes », página 69.

23 Sin embargo, señala M. A. DOMÍNGUEZ RUBIO, «Cervantes, soldado de infantería », páginas 158 y 159. «Aunque es cierto, y la mayoría de las obras que tratan sobre su vida coinciden, que su estancia en Italia como soldado marcó una huella cultural imborrable para toda su vida, quizá se ha exagerado un poco sobre ello. Si tomamos como ciertas las afirmaciones de Riquer Miguel de Cervantes pasó más tiempo dedicado a la lectura que a las exigencias de la vida de soldado».

24 E. SERRA REXACH, «Las armas y las letras», conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Sección de Derecho Militar, el 5 de noviembre de 2015 , posteriormente publicada en *Estudios de Derecho Militar*, número 1, 2016, página 51.

25 M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Cervantes », páginas 135.

26 J. GRACIA, «Miguel de Cervantes », páginas 46 y 47.

Como señala J. M. LUCÍA MEGÍAS, «La juventud de Miguel de Cervantes », página 161: «La batalla de Lepanto pudo haber sido el principio del fin de los problemas de la Monarquía Hispánica y de los intereses

Es posible también que «una mezcla de desánimo —añade Jordi Gracia— por la parálisis de la lucha contra el turco y la irrelevancia real de los objetivos hayan decidido a Cervantes volver a casa aprovechando la salida de la flotilla que ha de partir a España, pese a los sucesivos y alarmantes retrasos»²⁷.

Tampoco es desdeñable que el regreso al Madrid de la corte estuviera también incentivado por el deseo de retomar la pluma e intentar nuevamente abrirse camino en el mundo donde, a pesar de sus escauceos bajo la mirada tuitiva de López de Hoyos, no lo había conseguido antes de emprender la aventura italiana. Llevaba las alforjas tan colmadas de lecturas, experiencias y alimento cultural que no es descartable que, fructíferamente madurados, golpearan con estrépito su intelecto y sus sentimientos con el deseo de empezar a cobrar forma escrita.

Todo eso es cierto, ¿cómo voy yo a poner en duda la opinión de tan encumbrados cervantistas? Sin embargo, me parece que, aunque todos y cada uno de estos motivos estuvieron presentes en su decisión, ninguno fue aisladamente decisivo. La decisión fue tomada por virtud del armonioso entreveramiento y mezcla de todos esos motivos. De este modo todos jugaron en solitario su papel, pero ninguno fue determinante de por sí. Decidió volver a España por la suma de todos estos factores. Al hilo de lo cual, resulta verdaderamente difícil si no imposible otorgar la primacía a uno de ellos sobre los demás.

Sea como sea, Cervantes pone pie en la galera Sol, integrante de una flotilla que, haciendo puerto en Génova y bordeando el golfo de León, tenía Barcelona como destino. Pero ya en el golfo de León un enorme temporal aísla a la Sol del resto de la flotilla, la desarbola y la deja desprotegida. Los corsarios turcos al acecho y bajo la mirada complaciente del rey de Francia, siempre enemigo de la poderosa y envidada monarquía que gobierna las Españas y su inmenso imperio, le salen al paso. Nada puede la casi desarmada y pesada galera frente a los rápidos y fuertemente armados bergantines capitaneados por los corsarios turcos Arnaut Mamí y Dalí Mamí. Cervantes, en esta nueva terrible tesitura en el mar, actúa como lo que es todavía en esos momentos: un avezado y arrojado soldado. Pero, a la postre, fue capturado «habiendo peleado

económicos venecianos en el Mediterráneo, con la posibilidad añadida de acabar con el negocio (y el drama) de los corsarios, pero la falta de acuerdos de los integrantes de la Santa Liga (los venecianos no querían participar en conquistas que beneficiaran a la corona española, como las plazas de Túnez o Argel), la muerte del Papa Pío V y la elección de un nuevo pontífice (Gregorio XIII), los movimientos de tropas francesas contra el Flandes español, las órdenes de que las naves al mando de Don Juan de Austria permanecieran en Sicilia, así como la rapidez con que los turcos volvieron a hacerse con una flota naval, hicieron que en solo pocos años, a pesar de que se seguían escribiendo poemas heroicos y pintando frescos en el Vaticano o llenando de grabados las imprentas con adjetivos hiperbólicos de las consecuencias de la victoria de la batalla de Lepanto, el Mediterráneo seguía siendo testigo de las mismas escaramuzas, de los mismos enfrentamientos de años anteriores».

27 J. GRACIA, «Miguel de Cervantes », página 45.

antes que le capturasen muy bien, y cumplido con lo que debía» narró el duque de Sessa en 1578²⁸.

Acabó así la fase propiamente militar del genio alcalaíno. Cuando a mediados de septiembre de 1575 el bergantín turco puso rumbo a Argel iniciaba una nueva etapa de su azarosa vida que duraría hasta 1580, y que dejaría en él profunda huella, como lo hizo la que terminó con desventura cerca de las costas de Cataluña²⁹.

«En todo caso —escribe José Manuel Lucía Megías— la vida militar en los tercios de infantería dejará también su huella a lo largo de su obra, donde no podía dejar de alabarla en sus principios ideales (muy cercanos a la caballería) y de mitificarla en su realidad, en ese día a día que conoció en primera persona»³⁰.

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LO MILITAR EN EL QUIJOTE

A. Introducción

La mezcla de la experiencia vivificadora y del pensamiento conceptualizador, aliados ambos con la extraordinaria capacidad narrativa e irónica de la que es dueño, constituyen, hasta donde yo llego, las claves de la redondez del Quijote. He tratado de dar una ligera pincelada a la vida de armas de Cervantes como cimiento de lo que pretendo esbozar en esta tercera parte del trabajo: el concepto de lo militar en el Quijote.

Pero antes de adentrarnos en tema, al menos para mí, apasionante, localicemos los pasajes de la señera obra cervantina donde el genio de las letras españolas pone en boca de sus personajes su concepto del oficio de las armas y de los que se consagran a él.

28 Tomo este dato de J. GRACIA, «Miguel de Cervantes », página 49.

29 Sobre esta importante fase de la vida de Cervantes es recomendable el libro de I. SOLER, *Miguel de Cervantes: los años de Argel*, Acantilado, Barcelona, 2016.

30 J. M. LUCÍA MEGÍAS, «La juventud de Miguel de Cervantes », páginas 139 y 140.

Como añade G. FERNÁNDEZ MACGREGOR, «La paz y la guerra según Cervantes», en *Memorias de la Academia Mexicana*, tomo XII, Editorial Jus, México, 1955, página 137: «Terminó su vida de soldado: veterano ya, acostumbrado en Mesina al horror de los hospitales de entonces, cubierto de cicatrices y de gloria, mas horro de dineros, dióse de baja, y al volver a su patria, hecho prisionero por el turco, fue esclavo en Argel por casi cinco años.

Otro hubiera renegado de su profesión, pero Cervantes a pesar de todas esas andanzas y trabajos, tuvo siempre en gran predicamento de las armas, porque él no fue de aquellos milites que se alistaban movidos sólo por el medro personal, sino que concebía la profesión como un sacerdocio, pues, para él, al soldado le toca en el mundo el alto papel de lograr la justicia distributiva».

Lo encontramos principalmente en el famoso capítulo XXXVIII de la primera parte, «Que trata del curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras», discurso, en efecto, no tan curioso si nos atenemos al trasfondo militar de Cervantes, y desde luego enjundioso de verdad según lo que expondré más adelante.

En el escalón inferior dentro de la escalera de la importancia hallamos menciones notables al oficio de las armas al final del capítulo precedente, el XXXVII, «Donde se prosigue la historia de la famosa infanta Micomicona con otras graciosas aventuras», y a lo largo del siguiente, el XXXIX, «Donde el cautivo encuentra su vida y sucesos».

No son desdeñables, aunque situables en un tercer escalón, las menciones dispersas a lo largo del Quijote, como en el XLVII de la primera parte como todos los anteriores, «Del extraño modo con que fue encantado don Quijote, con otros famosos sucesos». En la segunda parte hallamos asimismo alusiones incidentales a lo militar que ocupan este tercer escalón en cuanto a la importancia. Así, aparecen en el capítulo XXVII, «Donde se da cuenta de quiénes eran maese Pedro y su mano, con el mal suceso que don Quijote tuvo en la aventura del rebuzno, que no la acabó como él quisiera y como lo tenía pensado», en el XXIV, «Donde se cuentan mil zarandajas tan impertinentes como necesarias al verdadero entendimiento desta grande historia», y, por fin, en el LX, «De lo que sucedió a don Quijote yendo a Barcelona».

B. La seriedad con la que Cervantes se pronuncia en el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»

El don Quijote que discursa sobre el oficio de las armas es una persona seria, consciente y alejada de las loquerías de las que hace gala en otros célebres pasajes. Cervantes pone en boca del caballero de la triste figura lo que él piensa, lo que él ha macerado al hilo de su intensa vida como soldado de los tercios. Nada de extravagancias, dislates o piruetas irónicas; la verdad y solo la verdad pone en boca de su principal personaje en el celebrado discurso que pronuncia sobre las armas y las letras. «Todo este largo preámbulo —relata Cervantes— dijo don Quijote en tanto que los demás cenaban, olvidándose de llevar bocado a la boca, puesto que algunas veces le había dicho Sancho Panza que cenase, que después habría lugar para decir todo lo que se quisiese. En los que escuchado le habían sobrevivido nueva lástima de ver que hombre que al parecer tenía buen discurso en todas las cosas que trataba, le hubiese perdido tan rematadamente en tratándole de su negra y pizmiento caballería. El cura dijo que tenía mucha

razón en todo cuanto había dicho en favor de las armas, y que él, aunque letrado y graduado, estaba en su mismo parecer»³¹.

C. Enfoque del «curioso discurso que hizo don quijote de las armas y de las letras» en cuanto al oficio de las armas

El enfoque que predomina en el discurso de don Quijote es manifiestamente optimista y positivo con respecto al oficio de las armas.

Todo en él rezuma alabanza, sobrepujo y hasta exageración magnificadora.

Este enfoque se ve acentuado por el mecanismo que escoge para ensalzar las armas. No las ensalza en sí, por sí mismas, sino que a primera vista parece hacerlo por contraposición a lo que constituirá la esencia de su vocación y de su obra: las letras³².

Pero no me puedo parar aquí. He de matizar y mucho esta última afirmación por varias razones.

Las letras a las que se enfrentan las armas son unas letras especiales, son una variante de ellas dentro de un género muy amplio cuajado de facetas.

Don Quijote más que oponer las armas a las letras, opone, además solo parcialmente, el oficio del soldado al del letrado entendido no como hombre de letras, creador literario o poético, sino como persona avezada en recovecos legales, legajos y expedientes, es decir, al deficiente letrado como leguleyo y oficinista, especie que proliferó favorecida por la forma de gobierno con tendencia a lo papelesco y a lo covachuelístico que alimentó la forma de reinar de Felipe II.

Dentro del oficio de las letras así entendido destacan los secretarios reales y los secretarios de Estado, como Gonzalo Pérez, Francisco de los Cobos, Gabriel de Zayas y Mateo Vázquez, entre otros³³, de los que nos da cumplida

31 *Don Quijote de la Mancha*, edición ya citada, página 449.

32 Como manifiesta R. MENDIZÁBAL ALLENDE, «La justicia y los justicias en la vida y en la obra de Cervantes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 36, Madrid, 2006, página 157: «El que ha pasado a la posteridad como el “curioso discurso de las armas y de las letras”, un largo monólogo de Don Quijote mientras cenaban los demás en la venta, a caballo de los capítulos XXXVII y XXXVIII de la primera parte, antepone lo castrense a lo jurídico».

33 Como señala F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los validos en la monarquía española del siglo XVII*, Siglo XXI de España de Editores, 2ª reimpresión, 2015, páginas 51 y 52: «De ahí nace la profesionalidad de los secretarios de Estado. Todos ellos pertenecieron a clases sociales intermedias y antes de llegar a su puesto se habían ejercitado en escalones inferiores del oficio. Son hombres de carrera para quienes el nombramiento de secretarios de Estado es un ascenso, una consagración y premio a méritos adquiridos. Ya he dicho que Cobos comenzó sirviendo a Hernando de Zafra; luego, junto a Cobos se criaron Alonso Valdés y Gonzalo Pérez; junto a éste trabajó Gabriel de Zayas, y en la misma línea del ascenso gradual a través del ejercicio del oficio, habría de situarse el prototipo de los secretarios personales, Mateo Vázquez, formado como oficial de don Diego de Espinosa. Pensando en esto escribía en 1620 Bermúdez de Pedraza que Felipe II tuvo grandes secretarios “porque no criaba Secretario que no fuese criado en los Colegios de la Pluma; y los papeles, como las artes, quiere inclinación, y sin ella siempre serán legos los oficiales”.

Por eso, como ha demostrado y destacado José Antonio Escudero, los secretarios solían sucederse unos a

noticia José Antonio Escudero³⁴. De entre todos ellos con Mateo Vázquez, el archisecretario lo denomina José Antonio Escudero³⁵, Cervantes mantuvo una relación no calificable como positiva en distintas fases de su vida. Sobre el alcance cervantino del oficio de las letras volveremos más adelante.

Adviértase, pues, que el enfoque laudatorio y optimista que imprime lo relacionado con las armas en el famoso discurso de don Quijote no lo articula en comparación con las letras como fruto de la creación literaria, sino con las letras oficinescas propias de los que hoy denominaríamos burócratas.

A mayor abundamiento, me hago eco de la opinión siempre estimable de mi amigo y compañero en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Manuel Aragón Reyes: «Este discurso no me parece que quepa entenderlo como una deslegitimación del militar ilustrado, o como una alabanza a la milicia ajena al derecho, o no sometida a él. Quien así lo hiciese erraría por completo, ya que tal entendimiento no se desprende del discurso mismo ni sería coherente con los valores que Cervantes va transmitiendo a lo largo del Quijote»³⁶.

D. El método del «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»

A la luz de lo que esboqué sobre la vida militar de Cervantes, no es arriesgado afirmar que, detrás de las hermosas y redondas letras que componen el discurso que nos ocupa, media la experiencia personal, la existencia vivida por Cervantes como arrojado soldado de los tercios españoles.

Pero sorprende que la agudeza mental, la fuerza literaria y la capacidad conceptual se sobrepongan decisivamente a los hechos concretos que conforman las experiencias castrenses cervantinas para componer tan bellas páginas.

otros dentro de círculos familiares cerrados, siendo la familia como la escuela y la base del oficio. Y así hubo notables y extensos linajes de secretarios como los Eraso, los Pérez, los Idiáquez, los Ibarra, los Gaztelu, los Vázquez, y de ellos salieron los principales secretarios de Estado y los más significados secretarios personales de los reyes».

34 J. A. ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y de despacho*, cuatro volúmenes, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

35 J. A. ESCUDERO, *Felipe II El Rey en el despacho*, Editorial Complutense, Colegio Universitario de Segovia, Madrid, 2002, página 13.

Como aclara este autor: «Los Secretarios de Estado...», página 189: «Sin embargo, Mateo Vázquez no fue Secretario de Estado -ya vimos la concatenación de personas que se suceden en las dos Secretarías-, sino un Secretario personal, situado asiduamente al lado de Felipe II con el máximo y único apoyo de la amistad que éste le prodigó. Esa amistad lleva consigo un interesante fenómeno: la interposición del Secretario personal del Rey entre éste y los Secretarios de Estado».

36 M. ARAGÓN REYES, «Espadas como plumas», *Ejército y Derecho a principios del siglo XX*, La Ley, Madrid, 2012, página 25.

En estas páginas Cervantes eleva su visión y entendimiento positivos de lo militar hasta las cimas de lo conceptual y acuña ideas en las que bulle la experiencia vivida pero sin plasmarlas normalmente en hechos concretos, pues el genio de las letras como buen arcabucero ajusta el tiro a lo imperecedero y con vocación de permanencia ilimitada en el oficio de las armas.

Y lo hace tan bien y por igual en cuanto al fondo y la forma que la pujante lección que se encierra en el discurso conserva a fecha de hoy vigencia, según veremos más adelante.

E. El variado y rico contenido del «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»

El discurso de don Quijote que analizo aborda muchas y diferentes vertientes del oficio de las armas.

Por ello, y a renglón seguido, procederé a recoger opiniones del caballero de la triste figura que van desde la ética militar hasta los cimientos de la organización de los ejércitos pasando por la función de las armas y algunos aspectos básicos de la vida castrense.

Nada mejor que la pluma cervantina para revelar a través de un cuerdo don Quijote lo que el genio complutense opina sobre tan variada gama de materias.

F. La ética militar en el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»

Don Quijote pone muy alto el punto de mira de su ingenio.

Como he tenido ocasión de señalar y ahondar en otro momento³⁷, el concepto de ética es tan amplio que la reducción a su quintaesencia es lo que más ayuda para comprenderlo, al menos para mí.

Lo ético es lo bueno, lo mejor, el *agathós* griego, referido y adaptado a todas las manifestaciones de la vida del ser humano.

No tiene dudas don Quijote: el supremo bien ético del oficio de las armas es el logro y conservación de la paz. «Es el fin y paradero de las letras —nos dice— ... entender y hacer que las buenas leyes se guarden. Fin por cierto generoso y alto y digno de grande alabanza, pero no de tanta como merece aquel a que las armas atiende, las cuales tienen por objeto y fin la paz. Esta paz es el verdadero fin de la guerra que lo mismo es decir armas que guerra»³⁸. ¿Puede haber planteamiento ético-militar que atesore más recia actualidad?

37 L. M.^a CAZORLA PRIETO, *La ética en el Derecho de los mercados financieros*, Cívitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.

38 *Don Quijote de la Mancha*, edición citada, páginas 443 y 444.

Lo que éticamente justifica en nuestros días cualquier acción militar, en las que España se encuentra hoy tan frecuentemente inmersa en forma de misión internacional, es el logro, la protección o el mantenimiento de la paz como bien ético supremo. He aquí una muestra más de la sabiduría imperecedera compendiada en el Quijote.

No quiero terminar este punto sin referirme a una de las reglas concretas en las que se refleja la ética como postulado general. Se trata de la regla de la integridad, equivalente a la necesidad de atenerse al Derecho en todas sus variantes a la hora de actuar.

En conexión con lo cual, hay una afirmación cervantina que parece haber dado un gran salto sobre cuatro siglos y tener como destinatario a la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

En la persistente contraposición dialéctica de las armas y las letras, Cervantes inserta en el argumentario de estas nada menos y nada más que «la guerra también tiene sus leyes»³⁹.

Afirmación de rabiosa y acuciante realidad en el ejercicio contemporáneo del oficio de las armas. Tanto es así que animo a ver una interesante película. Se trata de «Espías desde el cielo» (dirigida por Gavin Hood en 2015). La escena del joven teniente jurídico titubeante ante las apremiantes preguntas de la coronel al mando de la ejecución de una operación acerca del alcance e interpretación de los protocolos aplicables a una dramática acción de guerra antiterrorista, se entronca directamente con la afirmación cervantina de que «la guerra también tiene sus leyes», algo escrito ¡cuatrocientos años antes!

G. Naturaleza del ejercicio del oficio de las armas según el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»

El oficio de las armas siempre requirió el movimiento y manejo de técnicas específicas, más en unas armas que en otras. Pero hoy en día esta característica se ha multiplicado en bastantes casos hasta casi lo infinito. De tal manera que si son siempre importantes, aunque en unos supuestos más que en otros, las condiciones físicas para el oficio contemporáneo de las armas, las intelectuales han cobrado hoy una significación capital.

Cervantes defiende esta forma de ver las cosas acudiendo con enorme belleza literaria a las siguientes palabras con alcance multiplicado con respecto a los ejércitos tecnificados de los días que corren: «Quítenseme delante los que dijeren que las letras hacen ventaja a las armas, que les diré, y sean quien se fueren, que no saben lo que dicen. Porque la razón que los tales suelen decir y a los que ellos más se atienen es que los trabajos

³⁹ *Don Quijote de la Mancha*, edición citada, página 447.

del espíritu exceden a los del cuerpo y que las armas solo con el cuerpo se ejercitan, como si fuese su ejercicio oficio de ganapanes, para el cual no es menester más de buenas fuerzas, o como si en esto que llamamos armas los que los profesamos no se encerrasen los actos de la fortaleza, los cuales piden para ejecutarlos mucho entendimiento, o como si no trabajase el ánimo del guerrero que tiene a su cargo un ejército o la defensa de una ciudad sitiada así con el espíritu como con el cuerpo. Si no, véase si se alcanza con las fuerzas corporales a saber y conjeturar el intento del enemigo, los designios, las estratagemas, las dificultades, el prevenir los daños que se temen; que todas estas cosas son acciones del entendimiento, en quien no tiene parte alguna el cuerpo»⁴⁰.

H. Las funciones del oficio de armas en el «curioso discurso que hizo don Quijote de las armas y de las letras»

Ya tenemos noticia del fin ético último al que ha de consagrarse el oficio de las armas, según Cervantes personificado en don Quijote.

Descendamos varios escalones desde la altura de la ética para desentrañar las funciones concretas de las armas dentro de la sociedad. Nos sorprenderá, una vez más, la poderosa vigencia de su pensamiento. Entiende el caballero andante que «con las armas se defienden las repúblicas, se conservan los reinos, se guardan las ciudades, se aseguran los caminos, se despejan los mares de cosarios, y, finalmente, si por ellas no fuese, las repúblicas, los reinos, las monarquías, las ciudades, los caminos de mar y tierra estarían sujetos al rigor y a la confusión que trae consigo la guerra el tiempo que dura y tiene licencia de usar de sus privilegios y de sus fuerzas»⁴¹.

«Con las armas se defienden las repúblicas». Las armas del oficio militar defienden, en terminología de nuestros días, el orden jurídico constitucional sobre el que se basa la organización del sistema político que no es otra cosa lo que Cervantes denomina «la república».

«Con las armas se guardan las ciudades, se aseguran los caminos, se despejan los mares de corsarios». He aquí una referencia a la labor que hoy realizan principalmente las Fuerzas de Seguridad del Estado en el ámbito nacional, en primer lugar, y en el internacional nuestro Ejército de Tierra, nuestra Armada y nuestro Ejército del Aire en operaciones como la patrocinada por la Unión Europea bajo el nombre de Atalanta contra la piratería en las peligrosas aguas del golfo Índico. En otras palabras, el oficio de las armas contribuye a

40 *Don Quijote de la Mancha*, edición citada, páginas 442 y 443.

41 *Don Quijote de la Mancha*, edición citada, página 447.

mantener la seguridad de los ciudadanos tanto en la esfera nacional como en la internacional.

«Con las armas se conservan los reinos», referencia cervantina a la función del oficio militar de garantizar la integridad territorial de los Estados.

«Y finalmente, si por ellas, las repúblicas, los reinos, las monarquías, las ciudades, los caminos de mar y tierra estarían sujetos al rigor y a la confusión que trae consigo la guerra el tiempo que dura y tiene licencia de usar de sus privilegios y de sus fuerzas».

Esta afirmación adquiere una gran importancia en un presente en que las formas tradicionales de enfrentamiento armado, la guerra convencional previa declaración oficial entre Estados y con choques abiertos y claros, ha dejado el lugar a la guerra del terrorismo internacional revestido de las diferentes formas con las que aparece sembrando muertes y desesperación o sujetando a los Estados contemporáneos y sus ciudadanos «al rigor y la confusión que trae consigo la guerra», en palabras de don Quijote.

Una vez más, las consideraciones cervantinas adaptadas a la realidad que nos agobia en las fechas que corren revisten plena actualidad siempre que en el concepto genérico de oficio de las armas incluyamos también a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

I. LAS VIRTUDES PROPIAS DEL OFICIO DE LAS ARMAS EN EL «CURIOSO DISCURSO QUE HIZO DON QUIJOTE DE LAS ARMAS Y DE LAS LETRAS» Y EN OTROS PASAJES DE DON QUIJOTE DE LA MANCHA

Frecuentes referencias a las virtudes propias del oficio de las armas salpican tanto el tan citado discurso como a lo largo de las dos partes del Quijote, pues como manifiesta José Antonio Maravall: «No menos que las letras, también la virtud es el fin de las armas»⁴².

Procedo a espigarlas muy sucintamente.

1. Sobre la obediencia

La obediencia y su trasunto de jerarquía y respeto al mando como cimientos fundamentales del oficio de las armas están muy presentes en las letras cervantinas que componen don Quijote de la Mancha. Obediencia y jerarquía, además, respetuosas al máximo de la dignidad del soldado, pues, como don Quijote señala con tino: «Porque, si va a decir verdad, no hace menos el

42 J. A. MARAVALL, «Humanismo de las armas », página 121: «En esto, propiamente, no está lo más interesante de la empresa de Don Quijote, sino en considerar a las armas como instrumento de una virtud interiorizada, espiritualizada en sentido estricto».

soldado que en ejecución lo que su capitán le manda que el mismo capitán que se lo ordena»⁴³.

En el capítulo XXIV de la segunda parte, «Donde se cuentan mil zarandajas tan importantes como necesarias al verdadero entendimiento desta grande historia» don Quijote, en plenitud de su cordura como se reconoce en el mismo capítulo, y Sancho Panza «toparon un mancebito que delante de ellos iba caminando no con mucha priesa»⁴⁴, y, como lo encontró vestido de una forma rara, se interesó por la razón de ello. Explicó el muchacho, «la edad llegaría a diez y ocho o diez y nueve años»⁴⁵, que «voy desta manera hasta alcanzar unas compañías de infantería que no están doce leguas de aquí, donde asentaré mi plaza, y no faltarán bagajes en que caminar de allí adelante hasta el embarcadero, que dicen ha de ser en Cartagena»⁴⁶.

Se trenza una corriente de simpatía entre el joven y don Quijote, y el más cuerdo de los Quijotes le empieza a dar consejos. Entre otros, le encomia que «tanto alcanza de fama el buen soldado cuanto tiene de obediencia a sus capitanes y a los que mandar le pueden»⁴⁷.

No lo puede decir más claro el soldado aventajado de los tercios que es Cervantes poniéndolo en boca de su don Quijote. La obediencia, ligada al respeto de la jerarquía, encarnada en el capitán de las compañías integrantes de los tercios, constituye uno de los cimientos más sólidos del ejercicio correcto del oficio de las armas.

Un matiz, sin embargo, puede agregarse a esta afirmación, matiz también derivado de la pluma cervantina. Uno de los complementos imprescindibles de la obediencia conectada con la jerarquía es el respeto y la autoridad que los jefes merezcan por su ejemplaridad. De esto me ocupo acto seguido.

2. Sobre la ejemplaridad en el mando

La obediencia y el respeto a la jerarquía no son para Cervantes formales, ciegos y sin que se vean correspondidos por algún atributo por parte de a quien se obedece por la posición jerárquica que ocupa.

A lo largo del Quijote no son pocas las menciones laudatorias y encomiables que se dirigen a jefes militares, como muestra del respeto que por su ejemplaridad merecen, atributo esencial para el alcaláino de los que atesoren aquellos a quienes incumbe el mando en el oficio de las armas.

43 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XIII, edición citada, página 138.

44 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XXIV, edición citada, página 832.

45 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XXIV, edición citada, página 832.

46 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XXIV, edición citada, página 833.

47 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XXIV, edición citada, página 835.

Pero es sobre todo en el capítulo XXXIX de la primera parte donde la ejemplaridad como exigencia del buen mando rezuma en las muy frecuentes menciones a jefes militares de todos los rangos.

En este capítulo, «Donde el cautivo cuenta su vida y sucesos», el genio cervantino concede la voz a un capitán de los tercios que cayó cautivo del turco tras muchas vicisitudes bélicas, por otra parte vividas en la realidad por el propio Cervantes.

El veterano y sufrido capitán repasa hechos bélicos al hilo de los cuales la presencia de los mandos intervinientes es constante. La forma cómo se refiere a ellos y los calificativos que les dispensa revelan lo esencial que es para un buen mando la ejemplaridad y su justa correspondencia con respecto a la obediencia debida y al respeto a la jerarquía. Veamos.

Al duque de Alba lo califica como el «gran»⁴⁸. A don Juan de Austria lo refiere como «serenísimo»⁴⁹. Don Álvaro de Bazán, el marqués de Santa Cruz, es considerado como «el padre de los soldados» y «aquel venturoso y jamás vencido capitán»⁵⁰.

Tampoco ahorra juicios de valor concernientes a escalones no tan elevados de la jerarquía militar, lo que ahora suele llamarse cadena de mando.

Don Juan Zanoguera, capitán de un pequeño «fuerte o torre que estaba en mitad del estaño» o ría que forma la dársena del puerto de Túnez⁵¹, aclara la magnífica edición de don Quijote de la Mancha del Académico Francisco Rico, es aludido como «caballero valenciano y famoso soldado»⁵².

De don Pedro Portocarrero, general de la Goleta, dice que, a pesar de que este enclave cayó nuevamente en poder del turco, «hizo cuanto fue posible por defender su fuerza y sintió tanto el haberla perdido, que de pesar murió en el camino de Constantinopla, donde le llevaban cautivo»⁵³.

De entre «los cristianos que en el fuerte se perdieron»⁵⁴ cita a don Pedro de Aguilar, personaje este ficticio frente a los anteriores reales, como aclara la edición de don Quijote de la Mancha de continua mención⁵⁵, «el cual había sido alferez en el fuerte»⁵⁶ con referencia a la Goleta. Lo considera como «soldado de mucha cuenta y de raro entendimiento; especialmente tenía

48 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, página 453.

49 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, página 453.

50 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, páginas 455 y 456.

51 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, página 458.

52 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, nota a pie de página número 57, página 458.

53 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, página 458.

54 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, página 458.

55 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, nota a pie de página número 62, página 458.

56 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, página 458.

particular gracia en lo que llaman poesía»⁵⁷, dejando una vez más constancia del valor de la ejemplaridad que ha de retener el mando y de la confluencia de armas y letras.

En fin, tan clavado lleva en su mente la ejemplaridad del mando en el oficio de las armas que en el prolijo diálogo del canónigo con el cura en el capítulo XLVII de la primera parte del Quijote se desliza, entre una retahíla de referencias eruditas, una al «capitán valeroso». De lo que el canónigo salva de los condenables libros de caballerías figuran los que «daban largo y espacioso campo por donde sin empacho alguno pudiese correr la pluma pintando un capitán valeroso con todas las partes que para ser tal se requieren, mostrándose prudente previniendo las astucias de sus enemigos y elocuente orador persuadiendo o disuadiendo a sus soldados, maduros en el consejo, presto en lo determinado, tan valiente en el esperar como en el acometer»⁵⁸.

3. Sobre la escasa retribución material y la elevada en la honra del oficio de las armas

Ya al final de la segunda parte del Quijote, en el capítulo LX, «De lo que sucedió a don Quijote yendo a Barcelona», y en tierras de Cataluña, don Quijote se encuentra con quien Cervantes bautiza como Roque Guinart, personaje inspirado en un personaje real, Perot Rocaguinarda, famoso bandolero catalán del siglo XVII⁵⁹. Simpatizan y en medio de un curioso diálogo, los secuaces de Roque Guinart apresan, entre otros, a «dos caballeros a caballo», y el bandolero «preguntó a los dos caballeros que quiénes eran y adónde iban y qué dinero llevaban. Uno de ellos le respondió:

—Señor, nosotros somos dos capitanes de infantería española; tenemos nuestros compañeros en Nápoles y vamos a embarcarnos en cuatro galeras que dicen están en Barcelona con orden de pasar a Sicilia; llevamos hasta

57 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXIX, edición citada, páginas 458 y 459.

58 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XLVII, edición citada, página 549.

59 Como escribe J. LLAMAZARES, *El viaje de don Quijote*, Penguin Random House Grupo Editorial SAU, Barcelona, 2016, página 189: «En su indispensable manual *Para leer a Cervantes*, el gran medievalista y cervantista catalán Martín de Riquer, citado aquí varias veces ya, dedica un amplio capítulo a explicar el fenómeno del bandolerismo en su tierra, mucho menos conocido que otros del resto de España, pero que, según sostiene, tuvo igual o más importancia, cuantitativa y cualitativamente, que éstos. Según Martín de Riquer, el bandolerismo era un mal endémico en Cataluña contra el que luchaban sin éxito los virreyes de la corona. Se trataba, además, de un bandolerismo con estrechas relaciones con los gascones franceses, derivado de las antiguas luchas feudales, lo que le daba un matiz político; de hecho, los bandoleros se dividían, según su origen, en familias, como los *nyerros* o los *cadells*, enfrentadas entre ellas a su vez por el dominio de tal o cual región o comarca.

Perot Rocaguinarda, uno de sus principales representantes a principios del siglo XVII, aparece en dos obras de Cervantes, el *Quijote* y *La cueva de Salamanca*, lo que para Riquer demuestra que el escritor debió de conocerlo personalmente. ¿Quizá porque lo asaltó?».

doscientos o trescientos escudos, que a nuestro parecer vamos ricos y contentos, pues la estrechez ordinaria de los soldados no permite mayores tesoros»⁶⁰. «Todo un canto a la vocación militar», proclama el general Ramos Oliver después de recoger este largo párrafo cervantino⁶¹. En este singular pasaje se refleja la austeridad ligada a la parquedad y escasa retribución material del oficio de las armas en tiempos de Cervantes. Antes, en el capítulo XXXVIII de la parte primera, el del discurso de las armas y de las letras, deja clara constancia de esto último con una graciosa pirueta comparativa de la vida del estudiante y del soldado: «Comenzamos con el estudiante por la pobreza y sus partes, veamos si es más rico el soldado y veremos que no hay ninguno más pobre en la misma pobreza, porque está atenido a la miseria de su paga, que viene o tarde o nunca»⁶².

En suma, del oficio de las armas es propia la austeridad, además de por lo sacrificado de él, por la poquedad de sus retribuciones materiales.

Pero como contrapartida, la vida militar trae consigo una retribución inmaterial superior a la puramente material: la honra, entendida como consciencia de la dignidad de sí mismo acompañada del correspondiente reconocimiento y admiración de la sociedad a la que se sirve. Como don Quijote señala con estas radiantes palabras al «mancebito» de edad «diez y ocho o diez y nueve años» con quien se encuentra en el camino, capítulo XXIV de la segunda parte: «Porque no hay otra cosa en la tierra más honrada ni de más provecho que servir a Dios, primeramente, y luego a su rey y señor natural, especialmente en el ejercicio de las armas, por las cuales se alcanzan, si no más riquezas, a lo menos más honra que por las letras, como yo tengo dicho muchas veces; que puesto que han fundado más mayorazgos las letras que las armas, todavía llevan un no sé qué los de las armas a los de las letras, con un sí sé qué de esplendor que se halla en ellos, que los aventaja a todos»⁶³.

Si Cervantes levantara la cabeza, se turbaría recordando las sabias consideraciones puestas en boca de don Quijote, y consideraría desatinada y fuera de la cordura a la parte de la sociedad española actual que niega rendir los honores que las Fuerzas Armadas merecen, por emplear un término de nuestros días equivalente al cervantino oficio de las armas.

Algo conectado con lo anterior pone de relieve el profundo conocimiento de Cervantes de la vida militar y sus problemas. El Estado no debe ni puede, además de retribuirlos mal, olvidarse de «los soldados viejos y

60 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo LX, edición citada, páginas 1126 y 1127.

61 F. RAMOS OLIVER, «El servicio de las armas », página 96.

62 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXVIII, edición citada, página 445.

63 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XXIV, edición citada, página 834.

estropeados», y a esta exigencia dice «que ya se va dando orden» quizá basado en las atenciones que recibió en su estancia en el hospital de Messina para curar las heridas recibidas en la batalla de Lepanto y la visita que allí recibió de don Juan de Austria, cuyo carácter individual y personal pone en duda recientemente José Manuel Lucía Megías⁶⁴. Las siguientes consideraciones contenidas en el capítulo XXIV de la segunda parte de la obra señera de Cervantes son muy ilustrativas del problema al que aludo. Dice así don Quijote con tinte de cierta amargura al joven aspirante a soldado que se encuentra en el camino: «Que si la vejez os coge en este honroso ejercicio, aunque sea lleno de heridas y estropeado o cojo, a lo menos no os podrá coger sin honra, y tal, que no os la podrá menoscabar la pobreza. Cuanto más que ya se va dando orden como se entretengan y remedien los soldados viejos y estropeados, porque no es bien que se haga con ellos lo que suelen hacer los que ahorran y dan libertad a sus negros cuando ya son viejos y no pueden servir, y echándolos de casa con título de liebres los hacen esclavos de la hambre, de quien no piensan ahorrarse sino con la muerte»⁶⁵.

4. En torno al servicio a la patria del oficio de las armas

Como se lee en el capítulo XXVII de la segunda parte del Quijote, «Donde se da cuenta de quiénes eran Maese Pedro y su mono, con el mal suceso que don Quijote tuvo en la aventura del rebuzno, que no la acabó como él quisiera y como lo tenía pensado»: «Los varones prudentes, las repúblicas bien concertadas, por cuatro cosas han de tomar las armas y desenvainar las espadas y poner a riesgo sus personas, vidas y haciendas: la primera, por defender la fe católica; la segunda, por defender su vida, que es de ley natural y divina; la tercera, en defensa de su honra, de su familia y hacienda; la cuarta, en servicio de su rey en la guerra justa; y si le quisiéramos añadir la quinta, que se puede contar por segunda, es en defensa de su patria»⁶⁶.

Así pues, por una de las cosas que se ha de tomar las armas «la quinta, que se puede contar por segunda, es en defensa de la patria».

Esta declaración con entonación inflada pone de relieve, una vez más, el alto concepto que tiene Cervantes del oficio de las armas a pesar de los sufrimientos que su desempeño le acarreó.

En la época cervantina resultaba relativamente fácil precisar el concepto de patria al que alude don Quijote. La religión católica, la monarquía, la integridad

64 J. M. LUCÍA MEGÍAS, *La juventud de Cervantes. Una vida en construcción*, páginas 168 y siguientes.

65 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XXIV, edición citada, páginas 835.

66 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XXVII, edición citada, páginas 859 y 860.

territorial del imperio eran cimientos cimeros del concepto de patria en aquellos momentos. En nuestros días es bastante más difícil esta precisión. Quizá el concepto de patria tal y como es entendido en la Constitución rectora de nuestra vida política sea el camino más seguro y claro para entender concepto tan laxo y cargado de resonancias sentimentales.

5. Sobre la proporcionalidad en el ejercicio de las armas

Después de relacionar las causas capitales determinantes de «tomar las armas y desenvainar las espadas», Cervantes pone en boca de don Quijote en el mismo capítulo de la segunda parte citado en el número anterior. «A estas cinco causas, como capitales, se pueden agregar otras que sean justas y razonables y que obliguen a tomar las armas, pero tomarlas por niñerías y por cosas que antes son de risa y pasatiempo que de afrente, parece que quien las toma carece de todo razonable discurso».

Al aludir con ironía Cervantes a que tomar las armas «por niñerías y por cosas que antes son de risa y pasatiempo que de afrente» para concluir que quien así procede «carece de todo razonable discurso» está planteando el tema de la proporcionalidad tan candente en el Derecho de la guerra de nuestros días. Nuevamente me remito a la película *Espías desde el cielo* donde bulle muy candente el problema de la proporcionalidad en la acción de guerra vinculado a los límites y, según protocolos jurídicos, el alcance admisible de los daños colaterales aparejados a una acción militar antiterrorista.

6. La solidaridad, el compañerismo y el sentido de pertenencia a una misma unidad en el oficio de las armas

«Y lo que más es de admirar —reconoce don Quijote en el tan citado capítulo XXXVIII de la primera parte de la magna obra que nos ocupa—: que apenas uno ha caído donde no se podrá levantar hasta el fin del mundo, cuando otro ocupa su mismo lugar, y si este también cae en el mar, que como a enemigo le aguarda, otro y otro le sucede, sin dar tiempo al tiempo de sus muertes»⁶⁷.

Como escribe el general Ramos Oliver a la vista de estas consideraciones cervantinas: «En estos párrafos sí que hay, de forma más o menos velada, una referencia a una concepción colectiva y solidaria de los ejércitos como organizaciones jerarquizadas y disciplinadas, en los que Cervantes

67 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXVIII, edición citada, página 448.

exterioriza las virtudes —los principios éticos— que adornan al que se entrega al servicio de las armas, al caballero andante, pero sometiéndolas a la consecución de un supremo bien: la paz»⁶⁸.

7. La flexibilidad y la capacidad de adaptación del oficio de las armas

En el derroche de conocimiento del oficio de las armas que constantemente muestra, Cervantes pone incidentalmente en boca de su vocero lo que sigue: «Que las cosas de la guerra más que otras están sujetas a continua mudanza»⁶⁹. Es cierto que, como el general Ramos Oliver entiende, «lo que quiere decir es que se debe estar preparado para cualquier tipo de agresión o conflicto, asunto este de candente actualidad»⁷⁰.

Creo, sin embargo, que a esta referencia cervantina se puede añadir algún alcance más, por cierto, de no menos actualidad que el anterior. Este alcance tiene que ver con la permanente necesidad, sobre todo en ciertas ramas de los ejércitos, de mantener al día, de estar al corriente en la adquisición de nuevos conocimientos o en la actualización de los ya tenidos. El oficio de las armas de hoy en día está muy necesitado de esto por la enorme tecnificación que entraña el uso de armamento y técnicas en constante mudanza.

8. La posible jerarquía del oficio de las armas con respecto al de las letras y dentro de sí

a. Tan elevado y respetable es el oficio de las armas para el genio de las letras españolas que, llegado el momento de dar preferencia jerárquica a aquel o al de las letras no lo duda. Afirma —primera parte, capítulo XXXVII, «Donde se prosigue la historia de la famosa infanta Micomicona, con otras graciosas aventuras»— con contundencia anclada en todos los factores que he venido glosando hasta aquí: «Quitense delante los que dijeren que las letras hacen ventaja a las armas, que les diré, y sean quien se fueren, que no saben lo que dicen»⁷¹.

68 F. RAMOS OLIVER, «El servicio de las armas », página 94.

69 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo VIII, edición citada, página 96.

70 F. RAMOS OLIVER, «El servicio de las armas », página 91.

71 *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXVII, edición citada, página 442.

Como señala IBÁÑEZ MARÍN, «Don Quijote y las armas», www.atenerodemadrid.com/biblioteca_digital/centenarioquijote.htm (septiembre de 2008), página 258: «Sintiendo con la virilidad vibrante y altanera de su tiempo, aquel soldado de la Infantería española quería que se le quitasen de delante “los que dijeren que las letras hacen ventaja a las armas”».

Importancia extrema tiene esta afirmación cervantina puesta en boca de don Quijote, pues posterga la importancia del oficio de las letras en beneficio del de las armas⁷². Matizo, empero, esta opinión. Como he apuntado en algún momento previo, de la lectura atenta de los pasajes cervantinos se desprende que Cervantes tiende a identificar el oficio de las letras con el de los juristas, principalmente en la versión leguleya, y burócratas, no con el propio de lo literario entendido en sentido amplio.

En este sentido señala Antonio Domínguez Ortiz: «Porque no hay que imaginarse que por letras se entendía la “bella literatura”; esta no salió nunca de la indigencia económica ni constituía una profesión. Las letras eran los estudios superiores, universitarios, centrados en el conocimiento *utriusque iuris*, el Derecho canónico y el Derecho civil. El primero abría la puerta a las prelacías, el segundo, a la magistratura, los tribunales, los consejos, el gobierno de la monarquía. Formaban los togados, los *garnachas*, un enorme grupo de presión, muy corporativista, con sus raíces bien afincadas en los colegios mayores. La inexistencia de una separación de poderes permitió que una casta de juristas sin especial preparación para los aspectos técnicos del gobierno llegara casi a copar los altos puestos, con gran disgusto de la clase militar, a la que se identificaba, sin mucha razón, con la clase noble. En teoría, las armas disponían de más premios que las letras, porque les pertenecían importantes corregimientos y la totalidad de los hábitos y encomiendas de las Órdenes Militares. En la práctica, la alta burocracia cobraba puntualmente sus sueldos, tenía muchas posibilidades de enriquecimiento y ascenso social y fue acaparando las prebendas de las Órdenes»⁷³. Como añade Manuel Olivencia: «En Cervantes se percibe la antonomasia: las letras son, con preferencia, las del Derecho, y “letrado” lo es, en el mismo sentido, el profesional del Derecho»⁷⁴.

Recordemos también que en opinión que comparto de Manuel Aragón Reyes manifestada con relación al discurso de las armas y las letras: «Este Discurso

72 Sobre la interpretación de este punto hay numerosas opiniones de las que se hace eco resumido E. SERRA REXACH, «Las armas », páginas 3 y siguientes del texto escrito de la conferencia ya citada. Este mismo conferenciante defiende que «la relación entre las armas y las letras no puede ser sino de complementariedad y colaboración y no de oposición o contradicción».

73 A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, «La España del Quijote», *Don Quijote de la Mancha*, edición citada, página XCVIII. En el mismo sentido se manifiesta N. ALCALÁ-ZAMORA y TORRES, El pensamiento de «El Quijote» visto por un abogado, Obras completas, edición del Parlamento de Andalucía, Diputación de Córdoba, Cajasur y Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Riego de Córdoba, 2001, página 89: «Pero es el caso que en el célebre discurso, por predominio de una de las acepciones, aún subsistente en los usos y en las leyes, de la palabra letrado, no hay comparación entre literatos y militares, y sí de éstos con los juristas, es decir, con los abogados».

74 M. OLIVENCIA RUIZ, Letras y letrados (discurso sobre el lenguaje y los juristas), leído por su autor el 15 de mayo de 1983 en el acto público y solemne de su ingreso como Académico de Número en la Real Academia Sevilla de Buenas Letras, página 19.

no me parece que quepa entenderlo como una deslegitimación del militar ilustrado, o como una alabanza ajena al derecho, o no sometida a él»⁷⁵.

b. A su vez, dentro de las manifestaciones en las que se puede plasmar el oficio de las armas, Cervantes también revela sus gustos poniéndolos nuevamente en boca de don Quijote.

Para él el oficio de las armas receptor por excelencia de todos los atributos valiosos que predica es el que desarrolla el infante sea en tierra o a bordo de una galera. Por el contrario, no puedo omitir, por mucho que pese a mis buenos amigos artilleros entre los que quiero destacar al teniente general Antonio de la Corte, que la artillería no ocupa un lugar de preferencia dentro de la amplia gama de variantes que ofrece el oficio de las armas⁷⁶. No tiene pelos en la lengua don Quijote cuando, guiado por la experiencia personal del conocido también como El manco de Lepanto, proclama su desdén hacia la artillería: «Bien hayan aquellos benditos siglos que carecieron de la espantable furia de aquestos endemoniados instrumentos de artillería, a cuyo inventor tengo para mí que en el infierno se le está dando el premio de su diabólica invención, con la cual dio causa que un infame y cobarde brazo quite la vida a un valeroso caballero, y que sin saber cómo o por dónde, en mitad del coraje y brío que enciende y anima a los valientes pechos, llega una desmandada bala (disparada de quien quizá huyó y se espantó del resplandor que hizo el fuego al disparar de la maldita máquina) y corta y acaba en un instante los pensamientos y vida de quien la merecía gozar luengos siglos»⁷⁷.

IV. LA IDEALIDAD SOBRE LA QUE SE CONSTRUYE EL OFICIO DE LAS ARMAS FRENTE A LA REALIDAD DE ESTE OFICIO PARTICULARMENTE EN COMPARACIÓN CON EL DE LAS LETRAS EN EL TIEMPO EN EL QUE SE ESCRIBE EL QUIJOTE

A. Planteamiento

La primera parte del Quijote vio la luz en 1604 y la segunda en 1615. Aquella en el primer tercio del reinado de Felipe III y esta en el último. Los tiempos de Felipe II y sobre todo de Carlos I se alejaban a pasos agigantados.

⁷⁵ M. ARAGÓN REYES, «Espadas », página 25.

⁷⁶ Este punto es desarrollado por J. A. MARAVALL, «Humanismo de las armas », páginas 143 y siguientes.

⁷⁷ *Don Quijote de la Mancha*, primera parte, capítulo XXXVIII, edición citada, página 448.

Pero la realidad sobre la que el genio alcalaíno construye sus admirables páginas sobre el oficio de las armas difería de la que regía cuando redactó tanto la primera parte como la segunda.

Esto, lo adelanto, otorga a las páginas cervantinas sobre lo castrense aún más valor para los que sigan la carrera militar, pues les imprime cierto carácter intertemporal recalcando la extremada consideración que Cervantes profesaba hacia el oficio de las armas.

B. La distinta realidad geopolítica y de la realidad social del oficio de las armas con respecto al de las letras

Después de la batalla de Lepanto y los coletazos que siguieron, de los que, según hay constancia en este trabajo, Cervantes nos da cumplida noticia a través de un veterano capitán de los tercios, el escenario y el interés geopolítico varió sustancialmente.

Como señala Mercedes García Arenal: «A partir de 1580 la Sublime Puerta y los Hausburgo, ocupados cada uno de ellos en otras guerras, dieron la espalda al Mediterráneo. Después de Lepanto, la “gran guerra” que decía el historiador Ferdinand Braudel desapareció del Mediterráneo. Continuó la “pequeña guerra” de corso, el incesante hostigamiento a las costas y barcos, la captura de cautivos, el robo con patente. Durante los primeros años del reinado de Felipe II el Mediterráneo volvió a ser el centro de la política española, pero ya únicamente en un orden defensivo y con una dimensión principalmente diplomática, complementada con la intervención en los asuntos internos de Marruecos»⁷⁸. El interés geopolítico de Felipe II fue virando poderosamente hacia la defensa de sus territorios de Flandes, y el de Felipe III hacia la consecución de treguas que le garantizaran una cierta recomposición de la maltrecha situación de sus reinos.

El oficio de las armas se construye, pues, en el Quijote sobre un escenario geopolítico que al tiempo de su glosa ha cambiado notablemente.

Pero esto no revestiría gran importancia si la realidad social sobre la que se erige la comparación entre el oficio de las armas y el de las letras no hubiera variado también. Cuando Cervantes escribió las dos partes de su don Quijote de la Mancha, y, lo que resulta aún más revelador de la sin par estima que Cervantes dispensa a la vida militar, cuando relata los hechos de guerra que vivió desde 1570 y 1575 la realidad sobre la que se construye la estima comparativa entre ambos oficios ya había dado pasos determinantes hacia su transformación. Cervantes, en su desmedido afán de ensalzar la vida militar frente a la legalista

78 M. GARCÍA ARENAL, «Los españoles en el norte de África (siglos XV-XVII)», *Desperta Ferro*, número especial IX, 2016, página 12.

y burocrática, echa mano de una situación social más propia del reinado de Carlos I y épocas anteriores que de las de Felipe II y Felipe III⁷⁹.

La realidad es que en el último tercio del siglo XVI y desde luego en el primero del siguiente la posición que fueron ocupando juristas y burócratas en la corte y sus aledaños y la estima y retribuciones correspondientes fueron aumentando y superaron con creces a las de las armas.

Las siguientes afirmaciones de Antonio Domínguez Ortiz vienen en ayuda de lo que esbozo: «En la práctica, la alta burocracia cobraba puntualmente sus sueldos, tenía muchas posibilidades de enriquecimiento y ascenso social y fue acaparando las prebendas de las Órdenes. Todavía en los tiempos en que escribía Cervantes no se había llegado a los abusos de la época de Olivares, cuando los hábitos se dieron a mercaderes enriquecidos y las más sustanciosas encomiendas se atribuían a los burócratas, a sus mujeres y a sus hijos. No se había llegado a tales extremos, pero ya se barruntaban»⁸⁰.

De lo que no cabe duda es que la consideración de Cervantes hacia el oficio de las armas era extrema por mucho que cuando escribió las dos partes del Quijote los vientos geopolíticos habían variado arreciando los que impulsaban las velas del oficio de las letras. No quiere Cervantes poner el punto final a las peripecias del caballero andante por excelencia sin insistir en las últimas páginas de la segunda parte del Quijote, dentro del capítulo LXII, en que «la virtud no puede dejar de ser conocida y la que se alcanza por la profesión de las armas resplandece y campea sobre todas las otras»⁸¹.

V. MUY BREVES CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

De la lectura minuciosa de las páginas del Quijote consagradas al tema que nos centra descolla el amplio y profundo despliegue de conocimientos que Cervantes exhibe del oficio de las armas.

Conoce al detalle los problemas y dificultades de la vida militar, y, a pesar de ello, ensalza el oficio de las armas y lo coloca en un plano superior al de las letras. Escoge para ello un camino seguro: destaca los valores inmateriales, relacionados con la honra y el reconocimiento social de la vida militar por encima de sus innegables limitaciones materiales.

Más allá del conocimiento del que Cervantes hace gala y de su ensalzamiento, llama poderosamente la atención la vigencia y actualidad que todavía

79 Como afirma J. A. MARAVALL, «Humanismo de las armas », página 119: «La idea de que el ejercicio de las armas eleva al individuo que a ello se entrega es vieja y está en la base de todo el sistema social de la Edad Media».

80 A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, «La España del Quijote», ya citado página XLVIII.

81 *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo LXII, edición citada, página 1136.

mantienen algunas de las opiniones que vierte Cervantes a través de su don Quijote.

No entro en este último punto, pues me alejaría del objeto de este breve ensayo. Me limito por ello a recalcar el entronque directo que en ciertas materias se da entre las opiniones cervantinas y las Reales Ordenanzas militares en vigor, como detalla el general Ramos Oliver⁸².

Sin embargo, la representación mental o idealidad con la que Cervantes construye el oficio de las armas choca con la realidad de este oficio en comparación con el de las letras en el tiempo en el que se escribió el Quijote.

82 Este entronque es analizado a lo largo de todo el artículo de F. RAMOS OLIVER, «El servicio de las armas », páginas 87 y siguientes.

POSICIÓN JURÍDICA DE LA OTAN: CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE SU INSTITUCIONALIZACIÓN (ASESORAMIENTO JURÍDICO EN LA OTAN)

Conferencia pronunciada por
D. Andrés B. Muñoz Mosquera
en la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación, el
11 de mayo de 2016.
Director asesor jurídico del
Cuartel General Supremo de
las potencias aliadas en Europa
(SHAPE) de la OTAN.
Posgraduado de la Fletcher
School of Law and Diplomacy y
doctorando de la Universidad de
Leiden.*

*** Los análisis y opiniones del autor expresadas en este trabajo no reflejan aquellos de la OTAN. Todas las referencias a documentos OTAN lo son de fuentes abiertas y se pueden encontrar en internet.**

Andrés B. Muñoz Mosquera tiene un posgrado de la Fletcher School of Law and Diplomacy, es doctorando en la Universidad de Leiden, colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, abogado europeo del CCBE y director de la Asesoría Jurídica del Supreme Headquarters Allied Power, Europe (SHAPE) de la OTAN. Las citas del inglés son traducciones de cortesía de Abraham Muñoz Bravo.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA TELEOLOGÍA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. III. OTAN-LA IDEA. IV. EL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE – EL ACTIVADOR DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OTAN. V. OTAN COMO ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL FUNCIONAL. VI. EL ESTATUS JURÍDICO DE LA OTAN. VII. IMMUNIDADES. VIII. RESPONSABILIDAD. IX. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el general consejero togado José Luis Poyato, asistido por el capitán auditor Abraham Martínez Alcañiz, se puso en contacto conmigo para preparar una intervención ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, enseguida acepté la invitación con el ánimo de cumplir con unos de los mejores oficiales y juristas con los que he trabajado, y también con la inquietud de si los temas jurídicos relativos a la Alianza fueran del interés del público de la Real Academia y de los juristas españoles en general.

Si bien siempre he calificado el «derecho atlántico» de arcano,

practicado por un puñado de juristas españoles, casi todos en «tierras de Flandes», mi sorpresa siempre ha sido que el asunto despierta el interés de legos y expertos. Con ese ánimo y con esa inquietud me enfrenté a la placentera labor de preparar mi intervención que paso a transcribir en los párrafos siguientes y que espero sean del interés del lector, y sirvan para alentar la investigación española del derecho también en dirección a este área del derecho internacional público, tan desconocida, pero tan desafiante desde el punto de vista intelectual.

Desde estos párrafos agradezco a Nikoleta P. Chalanouli, abogada del Colegio de Atenas y del de Madrid, y a Abraham Muñoz Bravo, mi hijo, por su ayuda en la confección de estas páginas, por las traducciones y por la búsqueda de algunos incunables relativos a la historia de la redacción del Tratado del Atlántico Norte. Esto último lo hago notar porque no existen *travaux préparatoires* del Tratado, por lo que su análisis requiere de cierta habilidad «jurídico-arqueológica» para poder establecer las intenciones político-jurídicas de sus autores en el contexto del derecho internacional público relativo a la seguridad y defensa. Finalmente, si bien los textos en inglés se han traducido, he considerado que los textos en francés o en italiano debían mantenerse en su versión original, y ello es porque así se mantiene su frescura e intención originales y también porque el lector hispano-parlante llega sin mucha dificultad a entender el francés o el italiano escrito. Sin más preámbulos pasamos a la propia introducción de este trabajo.

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) es uno de los muchos ejemplos, entre las organizaciones internacionales existentes, que nos permite seguir la evolución del derecho internacional institucional del siglo XX:¹ los desarrollos de sus estructuras institucionales (reorganizaciones), sus personalidades jurídicas (Ottawa y París), el proceso de toma de decisión por consenso y no por unanimidad, su posición jurídica (estatus jurídico, privilegios e inmunidades, responsabilidades), el cambio del término «resolución» por el de «decisión» en el Consejo del Atlántico Norte (CAN), la controvertida cuestión de si la OTAN es o no una organización regional según el capítulo VIII de la Carta de la Naciones Unidas (CNU), etc. Todos estos temas requieren de investigación y de su posterior divulgación.

En los siguientes párrafos apreciaremos que la OTAN es la manifestación de un concepto que postula que la paz se puede alcanzar a través de la institucionalización de la relación entre los Estados. Por otro lado, describiremos que desde su comienzo la OTAN fue diseñada, probablemente por accidente

¹ El derecho internacional institucional (*international insitutional law*) es una parte del derecho de las organizaciones internacionales que en lugar de desarrollar el derecho sustantivo de estas, nos muestra su funcionamiento y estructuras desde una perspectiva jurídica.

al seguir el canon de simplicidad que postulaba Lloyd Morgan, como una institución que pudiera evolucionar. En este sentido el primer secretario general de la organización dijo:

«[Los redactores del Tratado del Atlántico Norte (TAN)] «no intentaron establecer, desde el principio, una organización internacional con permanentes reglas y procedimientos. Los redactores se dieron cuenta que la organización sólo podría evolucionar poco a poco a través de la experiencia práctica»².

En las siguientes páginas expondremos como el deseo de la búsqueda de la paz es el «soplo divino» que inspira las actuales organizaciones internacionales y también la OTAN. En segundo lugar, explicaremos cómo la institucionalización de la OTAN puede ser explicada a través del concepto de «idea» y cuáles son sus fases. Seguidamente, defenderemos que las disposiciones del TAN en su mayoría son facilitadoras de la institucionalización dinámica de la OTAN; para continuar con un análisis de la OTAN como una organización funcional. Finalmente, trataremos en detalle uno de los aspectos de la posición jurídica de la OTAN, su estatus jurídico (personalidad jurídica, capacidad jurídica y competencia), para tocar muy de soslayo los otros dos aspectos de la posición jurídica, esto es, las inmunidades y la responsabilidad.

II. LA TELEOLOGÍA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

En el mundo de Hobbes, el Leviatán, el líder de la comunidad, crea «nuestra paz y defensa.»³. Las dinámicas del derecho internacional del siglo XX aseguran sus instituciones internacionales en un orden jurídico que, como afirma Kennedy, usa «narrativas de progreso hacia lo internacional, un lugar que es a la vez práctico y humano»⁴, donde las organizaciones favorecen la paz y marginalizan la guerra como argumento cortoplacista⁵.

Por su lado, Kant identificó que la «paz ... no es el estado natural (*status naturalis*), el cuál debe ser la guerra, es decir, aunque quizá no siempre haya hostilidades

2 ISMAY, H. *NATO the First Five Years 1949-1954*, Utrech: Bosch-Utrech 1954, p. ix.

3 HOBBS, T. *Leviathan*, The Second Part, Of Commonwealth, Chapter XVII, Of the Causes, Generation, and Definition of a Commonwealth, <www.oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/hobbes/leviathan-c.html#CHAPTERXVII>, 3 de febrero de 2016.

4 KENNEDY, D. «International Law and The Nineteenth Century: History of an Illusion», *Quinnipiac Law Review*, Vol 17:99, 1997, p. 104.

5 CHALANOULI, C. *Kant et Dworkin*, París: L'Harmattan 2010, p. 262.

abiertas, si que hay una amenaza constante de que la guerra puede comenzar. Por ello, existe una obligación de establecer y mantener la paz»⁶.

La OTAN no es otra cosa que el producto de las dinámicas del derecho internacional; y esto es así desde el momento en que sus creadores declaran que están «resueltos a unir sus esfuerzos para su defensa colectiva y el mantenimiento de la paz y la seguridad»⁷.

Es necesario llamar la atención al hecho que el tratado fundacional de la OTAN, el TAN, no es extraño a los desarrollos del derecho internacional del siglo XX, de hecho y necesariamente, es parte de ellos, teniendo como elemento referencial la CNU. Y esto es así porque los redactores del TAN o bien son los mismos o contemporáneos a los de la CNU y, por lo tanto, creyentes de un nuevo orden, de ahí las continuadas referencias a los propósitos y principios de la CNU a lo largo del texto del Tratado, así como a su principal institución, el Consejo de Seguridad. Estos cimientos jurídicos del TAN, dejan translucir siguiendo Reid u Oiste –contrariamente a los argumentado por de Visscher y por la escuela francesa– un cierto aire a acuerdo complementario de la Carta⁸.

El preámbulo teleológico de la Carta establece que los pueblos están resueltos «a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra»⁹, lo que hace de la paz un hecho funcional¹⁰ de carácter objetivo que reposa sobre el principio *bellum iustum* de Kelsen¹¹. De esta manera queda resaltada la relevancia de la CNU para la OTAN en dos áreas específicas. Primero, necesitamos hacernos notar que si bien durante la redacción de la Carta hubo distintos enfoques, sus redactores parecen haber dado un cierto carácter constitucional al documento¹², esta característica constitucional¹³ se puede observar, por ejemplo, en el preámbulo,

6 KANT, I. *Perpetual Peace: A Philosophical Essay*. New York: George Allen and Unwin Ltd 1903 – First edition 1795, pp. 117-118.

7 North Atlantic Treaty Organization, <www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17120.htm>, 30 de abril de 2016.

8 REID, E. *Time of Fear and Hope*. Toronto: McClelland and Stewart 1977, pp. 33-34. Olav Riste cita al antiguo ministro de asuntos exteriores, Trygve Lie: «Los intereses están mejor servidos por un acuerdo entre los países rivereños del Atlántico norte con la condición de que esté subordinado a una organización internacional [ONU]». RISTE, O. «Norway and the genesis of North Atlantic defence cooperation», en N. Sherwen (ed.), *NATO's Anxious Birth. The Prophetic vision of the 1940s*, London: C. Hurst and Company 1985, p. 27. Otros autores como De Visscher argumentan que el TAN «ne s'insère ni ne s'intègre dans la Charte» en *Théories et Réalités en Droit International Public*. París: Pedone 1970, p. 147.

9 United Nations, <www.un.org/en/documents/charter/>, 15 de marzo de 2016.

10 KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. Berkley: University of California Press 1967 – First edition 1934, Deuticke, Vienna, p. 48.

11 Nótese que el principio de *bellum iustum* formula que la «guerra, como represalia ... al menos es una sanción ... es a penas posible, en otras palabras, el negar la validez general del principio de *bellum iustum*». KELSEN, *op. cit.*, p. 322.

12 SIMMA, B. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2012 – Third Edition, p. 81. Simma referencia UNCIO VI, Doc785, I/1/28, 359.

13 CRAWFORD, J. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, Hague Academy of International Law, 2014, p. 459.

en los artículos 1, 2 y 103, así como en aquellos artículos relacionados con los poderes del Consejo de Seguridad. Segundo, la CNU ha devenido, sin duda, la ley de otras organizaciones internacionales. Sobre este particular véase la opinión de TIJ sobre «armas nucleares»¹⁴. Este aspecto constitucional queda plasmado en las referencias directas a los propósitos y principios de la Carta que se hacen en los documentos fundacionales de no sólo las organizaciones internacionales de la familia de la ONU, sino también de la Unión Europea, de la Unión Africana, de la Organización de Estados Americanos, de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, etc.

En cuanto a la OTAN, el Tratado comparte los dos aspectos citados *ut supra*. Por esta razón, en la primera resolución del Consejo del Atlántico Norte (CAN), hecha el 17 de septiembre de 1949, se estableció que «la tarea del Consejo es la de asistir a las partes en la aplicación del Tratado y particularmente en alcanzar su objetivo básico ... el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales»¹⁵. Sin necesidad de entrar a valorar de manera jurídica o política esta resolución¹⁶ del CAN, lo cierto es que tiene un valor significativo y, sin duda, fundacional debido a que es la primera decisión de carácter colectivo tomada por los signatarios del TAN sobre dos cuestiones fundamentales: a) la primera, la resolución identifica de manera explícita el primer objetivo del TAN con los propósitos y principios de la CNU, esto es, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; y b) la segunda es que debemos considerar la resolución como la luz verde para la institucionalización del Tratado debido a sus referencias explícitas a la creación de órganos subsidiarios, tal y como establece el artículo 9 del TAN¹⁷.

Sobre la primera cuestión, debemos recordar el dictamen del TIP sobre *Certain Expenses* que establece que «el primer lugar que tiene la paz y seguridad internacionales es natural, ya que el cumplimiento de otros propósitos lo es de manera dependiente a que se logre la condición básica»¹⁸. Esto es, si cabe, más evidente en las disposiciones del TAN que llegan a mencionar hasta seis

14 «Como sostiene el TIP en su opinión del caso armas nucleares, la lógica del conjunto del sistema que contempla la Carta debe tenerse en cuenta cuando se interpreta la constitución de otras organizaciones internacionales». SIMMA, *op. cit.*, p. 82.

15 North Atlantic Treaty Organization, <www.nato.int/docu/comm/49-95/c490917a.htm>, 5 de mayo de 2016.

16 Lo que hasta los años setenta se llamaban «resoluciones» del CAN, hoy se llaman *decisions*, lo que constituye una de las paradojas de la OTAN.

17 «Las partes establecen, por la presente disposición, un Consejo en el que cada una de ellas estará representada para conocer de las cuestiones relativas a la aplicación del Tratado. El Consejo estará organizado de manera que pueda reunirse rápidamente en cualquier momento. El Consejo establecerá cuantos órganos subsidiarios puedan ser necesarios y, en especial, establecerá inmediatamente un comité de defensa que recomendará las medidas apropiadas para la aplicación de los artículos 3 y 5».

18 *Certain Expenses of the United Nations*, 20 de julio de 1962, Dictamen TIP, p. 168, <www.icj-cij.org/docket/files/49/5259.pdf>, 1 de abril de 2016.

veces la expresión «Naciones Unidas» en relación a los propósitos y principios de la CNU, así como al uso de la fuerza y la resolución pacífica de disputas. Igualmente, el término «Consejo de Seguridad» queda referenciado en el artículo clave de la OTAN, el artículo 5, así como en el artículo 7 para dejar claro que la TAN tiene sus cimientos en el núcleo duro de la CNU. Por todo ello, no parece arriesgado reconocer que la Carta ha creado un régimen o sistema jurídico internacional, el «derecho onusiano» que prevalece sobre otros tratados y también sobre el TAN¹⁹.

III. OTAN - LA IDEA

La teoría de Hauriou sobre la institución se basa en el concepto de idea, esta como una misión teleológica personificada en un sujeto de derecho, sujeto que «nace en el cuerpo constituido»²⁰. Por ello, es necesario citar un párrafo del documento que explica las razones y circunstancias que llevaron a ciertos Estados a firmar el TAN:

«[E]n el corazón de la OTAN hay una idea, una idea que ha necesitado años para tomar forma ... forma una comunidad en el sentido amplio, reúne tradiciones, religiones y tecnología que ninguna otra de las grandes civilizaciones del mundo comparte. Han pasado siglos de sangrientas guerras para darse cuenta que son uno»²¹.

A la vista de lo anterior, podemos afirmar que las instituciones de la OTAN están centradas en una «idea»²² que pasa por tres fases: a) la idea se desarrolla basada en precedentes históricos, políticos y jurídicos que inspiran el origen de la institución, sin importar el nivel de organización de los organismos internos y sus capacidades con respecto del exterior –con la experiencia de las guerras del siglo XIX y de la Primera y Segunda Guerras Mundiales; b) la idea crece con sus instrumentos fundacionales –con el hecho que el TAN se concluyó en menos de un año y que a lo largo de su historia ha continuado desarrollándose por medio de otros tratados multilaterales y bilaterales; y c) la idea se asienta con la práctica continua y dinámica de la institución a través

19 KAPLAN, L. *NATO 1948, the Birth of the Transatlantic Alliance*. Lanham.; Rowman and Littlefield Publishers 2007, p. 218.

20 La teoría institucional de Hauriou califica a los organismos como instituciones-personas (nótese que la institución-cosa se refiere solo a las normas), que son los sujetos de las personas morales y se materializan en forma de organismos. HAURIU, M. «La théorie de l'institution et de la fondation», *Cahiers de la Nouvelle Journée*, N.º 4, 1925, p. 100.

21 North Atlantic Treaty Organization, «Reasons and Circumstances Leading to the Signatures of the North Atlantic Treaty», RS/67/12, 19 January 1967, p. 1, <[www/archives.nato.int/](http://www.archives.nato.int/)>, 15 de noviembre de 2015.

22 HAURIU, *op. cit.*, p. 99.

del ejercicio del proceso de toma de decisión – la OTAN ha demostrado una madurez institucional a través de su continua adaptación que le ha permitido mantener su capacidad funcional.

Si bien la OTAN comienza con conceptos tomados del idealismo, su proceso de institucionalización materializa la idea en un texto que se aplica en la práctica con una «continuidad razonada»²³. La idea de la OTAN en su segunda y tercera fases se enfrenta al terreno complejo y sofisticado de las relaciones internacionales, y lo hace aplicando el realismo por medio de la adaptación de sus instituciones y el uso del CAN para sus consultas y decisiones colectivas. Así las cosas, se puede afirmar que el principio de necesidad funcional de Virally²⁴ explica el inherente desarrollo de las organizaciones internacionales, que es necesario para su adaptación a las cambiantes circunstancias internacionales. Este principio reconoce que los Estados crean las organizaciones internacionales para que estas lleven a cabo tareas específicas para el interés común, o *finalité intégrée*, de la comunidad de intereses, ya que la acción individualizada del Estado en el área de trabajo de la organización internacional es subóptimo. La necesidad funcional explica la razón por la que las organizaciones internacionales evolucionan de manera natural a lo largo del tiempo usando sus instituciones para adaptar la misión original, las funciones, así como para adaptarse al ambiente cambiante internacional que rodea a las organizaciones internacionales. A lo largo de este trabajo nos daremos cuenta de algo que Kay postula, esto es, que la decisión de dotar al TAN «de características institucionales, se diseñó para incorporar el proceso de adaptación [de la OTAN]»²⁵.

La particularidad de la OTAN que destaca es aquella de haber amalgamado la función de asistencia mutua de la Alianza²⁶ con un funcionamiento estable de sus instituciones, lo que ha permitido a los Estados, a lo largo de los años, contar con una plataforma permanente donde poder consultarse y colaborar unos con los otros de manera continuada y natural para poder afrontar «los graves problemas que afectan a la paz del mundo»²⁷. Buteux, sobre lo anterior, afirma que «la OTAN combina las funciones adicionales de una alianza con las instituciones, procedimientos y operaciones de una organización

23 Término original: *reasoned follow-through*. KENNEDY, D. «The Move to Institutions», 1987, 8:1 *Cardozo Law Review*, p. 899.

24 VIRALLY, M. «La Notion de Droit», *Le Droit International en Devenir, Essais Ecrits au Fil des Ans*. París: Presses Universitaires de France 1990, p. 275.

25 KAY, S. *NATO and the Future of European Security*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers 1998, p. 34.

26 BERGSMANN, S. «The Concept of Military Alliance», in Erich Reiter and Heinz Gärtner (eds.), *Small States and Alliances*. Physica-Verlag Heidelberg 2001, p. 55.

27 MANGONE, G. *A Short History of International Organization*. New York: McGraw-Hill 1954, p. 129.

internacional»²⁸. Igualmente, Jordan concluye que «la OTAN se asienta tanto en la tradición creciente de las organizaciones internacionales funcionales, como en aquella de las alianzas militares. En la OTAN las dos tradiciones están entrelazadas hasta un punto sin precedentes»²⁹.

Esta combinación no podría haber tenido lugar sin la existencia de elementos mínimos constitucionales en el Tratado. Smith asegura que el TAN «contiene artículos y pasajes que sugieren que incluso en 1949 los signatarios ambicionaban algo más sólido y permanente que una alianza militar transitoria y desestructurada»³⁰. Esto queda confirmado por Monaco en el siguiente párrafo:

«Uno dei fenomeni più sorprendenti nell'ambito dell'organizzazione internazionale attuale è costituito dal fatto che un'istituzione, come quella che è presupposta dall'alleanza atlantica, diventi con tempo una delle strutture internazionali più complesse. E ciò sulla base di norme assai semplici, come quelle contenute nel Trattato del 4 aprile 1949. L'ampliamento degli obiettivi dell'alleanza, come pure della sua struttura, hanno fra l'altro dato origine a delicati problemi giuridici, come quelli derivanti della creazione di numerose basi militari in vari Paesi»³¹.

IV. EL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE – EL ACTIVADOR DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA OTAN

El TAN no es el tratado completo que requeriría una organización internacional, ya que no contiene disposiciones relativas a una construcción institucional completa, tales como aquellos que establecen los órganos comunes, como un secretariado, el sistema de voto en la toma de decisión, privilegios e inmunidades, personal jurídica, resolución de disputas, etc. Sin embargo, estos elementos propios de una organización internacional aparecerán más tarde, entre 1951 y 1952, cuando los Estados parte de la OTAN desarrollan elementos explícitos de carácter institucional a través de tratados multilaterales, que todavía hoy en día se siguen complementando a través de instrumentos bilaterales, decisiones y acuerdos internacionales³². Estos tratados crearon

28 BUTEUX, P. *The Politics of Nuclear Consultation in NATO 1965-1980*. Cambridge: Cambridge University Press 1983, pp. 4-5.

29 JORDAN, R. *The NATO International Staff/Secretariat 1952-1957*. London: Oxford University Press 1967, p. vii.

30 SMITH, M. *NATO in the First Decade after the Cold War*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2000, p. 1.

31 MONACO, R. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico, seconda edizione*. Torino: UTET 1971, p. 641.

32 Estos tratados multilaterales son el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951 (BOE núm. 217, de 10 de septiembre de 1987), el Convenio sobre el Estatuto de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, de los Representantes

varias organizaciones internacionales dentro de la Alianza con posiciones jurídicas diferentes y diferenciadas.

«dentro de la OTAN ... hay diferentes tratados que desarrollan privilegios e inmunidades, incluyendo aquellos de la propia organización, los de la misiones de los Estados miembro, aquellos de los cuarteles generales militares de la OTAN y los de las fuerzas militares de los Estados miembro»³³.

En la OTAN, si bien no es muy conocido, es evidente que existen dos personalidades jurídicas distintas y coexistentes, una otorgada por el Convenio de Ottawa de 1951 y otro por el Protocolo de París de 1952. El primero para los organismos subsidiarios civiles, y el segundo para los militares. Así las cosas, la «Organización» y los «Cuarteles Generales Supremos» tienen posiciones jurídicas distintas, con estatus jurídicos (personalidades jurídicas, capacidades jurídicas y competencias) privilegios e inmunidades y responsabilidades diferenciadas³⁴. La situación de la OTAN no es única, ya

Nacionales y del Personal Internacional, hecho en Ottawa el 20 de septiembre de 1951 (BOE núm. 217, de 10 de septiembre de 1987), y el Protocolo sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte, hecho en París el 28 de agosto de 1952 (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 1995). Los acuerdos bilaterales complementan el cuerpo legislativo de la OTAN, el «derecho atlántico», y ayudan a formar la estructura constitucional de la OTAN junto con los conceptos estratégicos de la OTAN, los acuerdos de estandarización, planes operaciones, conceptos del Comité Militar de la OTAN, y las políticas y directivas de los órganos de la OTAN, así como los memorandos de entendimiento (MOU). Estos últimos en la medida en que se concluyen para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del artículo 3 del Tratado.

33 WOUTERS, J. and NAERT, F. «Some Challenges for (Teaching) the Law of International Organizations», *International Organizations Law Review*, 1, 2004, p. 24.

34 Bélgica ha registrado correctamente a la OTAN [la Organización] y a SHAPE [el Cuartel General Supremo] como dos organizaciones internacionales distintas. Federal Public Service Foreign Affairs, Belgium, «Liste Organisations internationales en Belgique avec Accord de siège», pp. 4-5. <diplomatie.belgium.be/fr/Services/Comite_interministeriel_pour_la_politique_de_siege/Liste_organisations_internationales/>, 27 de noviembre d 2015. Es interesante notar que varios miembros de la OTAN incluyen en sus listas de organizaciones internacionales entidades de la estructura de fuerzas de la OTAN o centros de excelencia, que son organizaciones MOU creadas por las naciones de la OTAN y puestas a disposición de la Organización, pero no tienen ninguna de las dos personalidades jurídicas antes descritas. Ministerio de Relaciones Exteriores de Estonia, «Organizaciones internacionales en Estonia», <vm.ee/en/node/9853>, 27 de noviembre de 2016. «Un Centro de Excelencia (COE) definitivamente no es un órgano subsidiario del Consejo del Atlántico Norte (CAN), de hecho, algunos han sostenido que los COE podrían considerarse órganos subsidiarios del CAN, en el sentido del artículo 9 del Tratado del Atlántico Norte. Esta suposición no es correcta y se contradice con el propio texto de dicho artículo 9, que dispone que «el Consejo establecerá los órganos subsidiarios que sean necesarios». De hecho, es evidente que los COE no están establecidos por decisión del CAN ni tienen autoridad para actuar en su nombre. [Nota a pie de página 3: La mayoría de los COE están cubiertos por las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte, hecho en París el 28 de agosto de 1952. Este Protocolo en su artículo 1.d define CAN como «el consejo establecido por el artículo 9 del Tratado del Atlántico Norte o cualquiera de sus órganos subsidiarios autorizados a actuar en su nombre». TUSET-ANRES, F. «Frequently Asked Legal Questions about the NATO-Accredited Centres of Excellence», *NATO Legal Gazette*, 34, 2014, p. 8.

que podemos encontrar una lógica análoga en el Grupo del Banco Mundial que está hecho de cinco organizaciones internacionales diferenciadas: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En 1999, el asesor jurídico del Grupo, algo que no tiene equivalencia en OTAN, explicaba que las tareas de su oficina eran la del «desarrollo de métodos e instrumentos jurídicos para una mejor coordinación entre las distintas instituciones del Grupo del Banco Mundial, teniendo en cuenta sus personalidades jurídicas distintas y la necesidad de evitar conflictos»³⁵.

Volviendo de nuevo al TAN, este está formado por catorce artículos redactados en un inglés sencillo que inspiran una institucionalización transformativa de la Alianza y esto no solo por estar bien anclado en la CNU, sino también porque contiene elementos que transforma sus artículos en facilitadores de la institucionalización. Estos elementos han continuado a lo largo de los años con un fórum que es funcional a la par que institucional. Este fórum no es otro que las instituciones de la OTAN, sus órganos comunes, que han desarrollado un «régimen consultativo y de comportamiento integral entre los miembros de la OTAN»³⁶.

El artículo 9 del TAN es la punta de lanza de la institucionalización de la OTAN, reforzado con disposiciones como los artículos 2, 3, 4 y 5. Al contrario de lo que pudiera parecer, el conjunto de artículos del TAN, escritos en un inglés sencillo para la época, son claros y directos iniciadores de la institucionalización transformativa de la Alianza. El valor intrínseco del artículo 9 es que su formulación mantiene el impulso de la institucionalización de la OTAN a lo largo de los años. En primer lugar a través de tres acciones: a) la aplicación del preámbulo del TAN en relación con los artículos 1 al 13, b) la codificación de una institución embrionaria abierta a una dinamización posterior como se vio en la reorganización de 1954, y continúa viéndose en los conceptos estratégicos y las reorganizaciones de la estructura de mando de la OTAN; y c) el «soplo divino» dado en la firma del TAN, así como cada decisión institucional para su aplicación. Y en segundo lugar, este impulso institucional también se sustenta al haber transferido la toma de decisiones diaria de las capitales a las representaciones e instituciones nacionales ante la OTAN, teniendo en su cúspide al Consejo del Atlántico Norte (CAN). Esto sostiene los necesarios

35 SHIHATA, I. F. I. «The Role of the World Bank's General Counsel», Collection of Essays by Legal Adviser of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law, United Nations, 1999, p. 317, <legal.un.org/cod/books/CollectionOfEssaysByLegalAdvisers.pdf >, 26 de noviembre de 2015.

36 SMITH, *op. cit.*, pp. 15-16.

impulso e inercia institucionales a lo largo del tiempo, lo que confirma que la OTAN es una organización internacional en un proceso de institucionalización continua, como no podía ser de otra manera para poder adaptarse a ambientes internacionales y geopolíticos cambiantes. Esta transformación continua, necesaria y crucial llevada a cabo rutinariamente por los órganos comunes de la OTAN no sólo mantiene el dinamismo de la OTAN como organización internacional, sino que también refleja la existencia de prácticas que alimentan el acervo de la OTAN y revitalizan sus funciones y propósitos. La sostenibilidad del impulso y la inercia institucionales de la OTAN indica un compromiso legal y político significativo entre los miembros.

V. OTAN COMO ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL FUNCIONAL

Marchegiano antes de determinar en el siglo XIX si la Comisión del Faro del Cabo Espartel tenía o no personalidad jurídica, consideró que esto sólo podía tener lugar si la Comisión fuera una organización internacional funcional. Para tal determinación, estableció tres criterios: a) ¿tenía la Comisión una competencia internacional reconocida con competencias derivadas de un convenio internacional?, b) ¿lleva a cabo la Comisión un mandato encomendado por los mandantes? ¿y lo hace de forma independiente? y c) ¿desempeña la Comisión funciones para un fin internacional?³⁷.

El análisis de Marchegiano reúne una serie de criterios que también sirven para determinar si la OTAN u otra institución es una organización internacional funcional. En primer lugar, es necesario recordar que, ya en 1967, distintos especialistas consideraban a la OTAN como una organización internacional funcional. A este respecto, Jordan declaró que «la OTAN está tanto en la creciente tradición de la organización internacional funcional como en la de las alianzas militares»³⁸. ¿Qué quería decir? Jordan se refería a una transformación. Así, mientras la OTAN era en sus primeros años una organización³⁹ *ad hoc*, «comenzó a evolucionar ... hacia una organización más eficiente y más ordenada ... se creó un cuerpo de funcionarios internacionales y una secretaría»⁴⁰.

Como hemos visto, la OTAN fue creada en aplicación del artículo 9 de la TAN, a este artículo podríamos llamarlo la «costilla de Adán» institucional, según la cual viene la descendencia institucional de la OTAN. La OTAN nació de

37 BEDERMAN, D. «The Souls of International Organizations: Legal Personality and the Lighthouse at Cape Spartel», in Fleur Johns (ed.), *International Legal Personality*. Surrey: Ashgate Publishing Limited 2010, p. 341.

38 JORDAN, *op. cit.*, p. vii.

39 *Ibidem*, p. 19.

40 Conferencia dada por Charles M. Spofford, antiguo president del Council Deputies, 10 May 1951, NATO Speech Series No. 2, citado por JORDAN, *op. cit.*, p. 32.

un tratado multilateral que fue complementado por tanto por otros tratados multilaterales⁴¹, como por las decisiones subsiguientes del Consejo, formando, como dice Bekker, la «estructura constitucional de la organización», un término mucho más amplio que el de «instrumento constitutivo»⁴². En consecuencia, la OTAN comenzó a tener vida propia «independiente» de los Estados. Así pues, el secretariado internacional de la OTAN es un «ámbito de acción internacional [que] se ha ido ampliando en los últimos doce meses mediante un proceso de acumulación más que por un plan prediseñado y, a veces, incluso en contra de los miembros»⁴³, para desarrollar su competencia objetiva en una serie de actividades o funciones distintas de las de sus Estados miembro y llevadas a cabo por sus órganos comunes –que incluyen los cuarteles generales militares internacionales– consistentes no sólo en la planificación, sino también en la ejecución de esos planes⁴⁴. El propósito más visible era el de estar preparados para aplicar el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas relativo a la legítima defensa colectiva en el marco de los propósitos y principios de la Carta.

Reuter argumenta que *quand une organisation a reçu un minimum d'autonomie et une action assez stable et assez large pour prétendre à une action propre*⁴⁵. En 1950, los órganos de la OTAN contaban ya con una autoridad funcional delegada, es decir, los Estados miembros delegaban competencia internacional a sus órganos comunes con cierta independencia, funcionando autónomamente de los miembros de la OTAN sobre la base del principio de especialidad y dirigidos por los propósitos y funciones establecidos en su estructura constitucional⁴⁶.

41 WOUTERS y NAERT, *op. cit.*, p. 31.

42 BEKKER, P. H. F. *The Legal Position of Intergovernmental Organizations. A Functional Necessity Analysis of Their Legal Status and Immunities*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 81. Véase [1982] 2/2 Y.B. Int'l L. Comm'n, pp. 18 and 21, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1982/Add.1 (Part 2), <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1982_v2_p2.pdf&lang=EFsRA>, 1 de noviembre de 2015.

43 Discurso de Charles M. Spofford, antiguo presidente de los Diputados del Consejo del Atlántico Norte, 5 de marzo de 1952, NATO Speech Series No. 12, citado por JORDAN, *op. cit.*, p. 32.

44 *Ibidem*.

45 REUTER, P. *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, 1953, 118, quoted by GAUTIER, P. «The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union», *Max Planck UNYB* 4, 2000, p. 336.

46 Para poder apreciar el alcance intelectual de la institucionalización de la OTAN, vale la pena recordar que en 1950 la delegación francesa dejó en un informe lo que consideraban era el estatuto jurídico del Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa (SHAPE). Francia declaró que para la financiación provisional de SHAPE (nótese que SHAPE existía mucho antes que el Protocolo de París sobre los cuarteles generales militares internacionales de 1952 y que su acuerdo de sede) extendería la condiciones establecidas en el acuerdo franco-americano de 1950 y que «la delegación francesa es perfectamente consciente del hecho que SHAPE, en su carácter de organización internacional, es diferente de la organización franco-americana. Por la necesidad de tomar medidas provisionales en este momento, aparece como más conveniente proponer un sistema que ha sido probado». Francia actuó no obligada por las disposiciones de un tratado, esto es, no actuó de una manera contractualista de hecho el Protocolo sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte de 1952 no existía. Francia actuó de una manera constitucionalista. El Consejo, en su quinta sesión, creó, basado en los poderes

El segundo criterio que establece Machegiano es que las organizaciones internacionales para ser funcionales tienen que llevar a cabo un mandato confiado por sus constituyentes, y que este se tiene que ejecutar con cierta independencia con respecto de la voluntad de los Estados miembro, esto es la *volonté distincte*. La existencia de una delegación de autoridad funcional en la OTAN se puede observar en la explicación jurídica dada por el ejecutivo francés para proceder a la publicación oficial en Francia del Convenio de Ottawa y del Protocolo de París:

«Si la Convention sur le statut de l'O.T.A.N. et le Protocole relatif aux Quartiers Généraux ont pour effet de restreindre, dans une certaine mesure, les droits souverains des Etats qui y sont parties, l'Accord sur le S.H.A.P.E. vise essentiellement à préciser la portée des abandons de souveraineté consentis par la France dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'Organisation atlantique (pie de página 6: L'accord sur le S.H.A.P.E., application du Protocole sur les Quartiers Généraux, joue par rapport à la Convention sur le statut de l'O.T.A.N. un rôle comparable à celui que joue l'Accord sur le siège des Nations Unies par rapport à la Convention Générale sur les privilèges et immunités desdites Nations Unies)»⁴⁷.

El tercer criterio de Marchegiano para considerar a la Comisión como una organización internacional funcional argumentaba que era necesario «promover el beneficio de toda la humanidad, promover un alto interés humanitario para garantizar la seguridad de la navegación a través del Estrecho de Gibraltar»⁴⁸. En el dilema de desarrollar estructuras para estar preparados para usar la fuerza en legítima defensa o abandonar la respuesta a una agresión en un Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas colapsado, los redactores de TAN decidieron crear una organización con un noble objetivo. Así pues, el Tratado reafirma la fe de los miembros de la OTAN en los propósitos y principios de la CNU y su deseo de vivir en paz con todos los pueblos y contribuir al desarrollo

de institucionalización otorgados por el artículo 9 del Tratado –Nueva York, 15-18 de Septiembre de 1950– una estructura militar integrada bajo el mando de SHAPE. Francia justificó su propuesta para poder «facilitar las funciones de SHAPE». North Atlantic Treaty Organization, «Provision of Budget for SHAPE. Note by the Secretary», D-D(51)52, Appendix B, p. 13, 22 February 1951, <archives.nato.int/uploads/r/null/3/1/31054/D-D_51_52_ENG.pdf>, 9 de noviembre de 2015.

47 «Organisation du Traité de l'Océan Atlantique Nord - Décret n.° 55-267 du 3 février 1955 portant publication de la convention sur le statut de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord, des représentants nationaux et du personnel international, signé à Ottawa le 20 septembre 1951 (1) (/ . O. du 18 février 1955, p. 1917). Décret n. 55-268 du 3 février 1955 portant publication du Protocole sur le statut des Quartiers Généraux militaires internationaux créés». Nótese el error tipográfico *l'Océan*. PERSONNAZ, J. «Principaux textes intéressant le Droit International Public», 1 *Annuaire français de droit international*, 1955, pp. 517-518, <www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1955_num_1_1_1212>, 26 de enero de 2016.

48 BEDERMAN, *op. cit.*, p. 342.

de relaciones internacionales pacíficas y amistosas, y de resolver las disputas internacionales por medios pacíficos sin poner en peligro la paz y la seguridad internacionales y la justicia⁴⁹. Con confirmación a esta noble causa, la admisión a la OTAN, en virtud del artículo 10 del TAN aplicado a través del Plan de Acción para la Membresía (*Membership Action Plan*), requiere, entre otras cosas, demostrar un claro compromiso con el estado de derecho y los derechos humanos⁵⁰.

A la luz de lo anterior y en aplicación de los criterios de Marchegiano, podemos argumentar que la OTAN es una organización internacional funcional. Finalmente, y en el plano metodológico, debemos atender también al análisis de Bekker sobre el concepto de función para explicar contemporáneamente el axioma de Marchegiano, confirmando primero que estamos ante una organización internacional funcional antes de considerar sus consecuencias jurídicas. Bekker sostiene que en un análisis funcional de las organizaciones internacionales la necesidad funcional es un concepto vinculado al propósito de la institución. La interpretación de este propósito puede requerir refugio en la teoría del funcionalismo para ver «los fenómenos sociopolíticos más amplios que subyacen a su creación [de la organización internacional]»⁵¹. Este enfoque integral resultará en la identificación de una institución como una organización internacional funcional y permitirá abordar la cuestión de su posición jurídica, es decir, sus derechos y obligaciones, que están conformados por su estatus jurídico, privilegios e inmunidades y responsabilidad⁵². En los siguientes párrafos estudiaremos uno de los aspectos de la posición jurídica de la OTAN, su estatus jurídico, es decir, su personalidad jurídica, capacidad jurídica y sus competencias, ya que son el «punto de partida cuando nos ocupamos de los derechos y deberes de una organización»⁵³.

49 SHAW, M. *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, pp. 1289-1290.

50 North Atlantic Treaty Organization, Membership Action Plan, <www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_27444.htm>, 27 de abril de 2016. Debe notarse la controvertida campaña del bombardeo de Kosovo y Serbia. OTAN –sin hacer una excepción a la regla para los *hard cases* (estaba teniendo lugar un desastre humanitario) fue capaz de reafirmar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, cuando sus instituciones quedaron bloqueadas para este caso específico. Véase CASSESE, A. «*Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?», *European Journal of International Law* 10, 1999, p. 27.

51 KUNZ, J. L. «Privileges and Immunities of International Organizations», 41 *American Journal of International Law*, 4, 1947, p. 848. Véase BEKKER, *op. cit.*, p. 44.

52 BEKKER, *op. cit.*, p. 52.

53 BEKKER, *op. cit.*, p. 52. Véase CALERO RODRIGUES, en [1985] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 292, para. 25, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1985_v1.pdf&lang=EFsRA>, 24 de diciembre de 2015.

VI. EL ESTATUS JURÍDICO DE LA OTAN

El estudio del estatus jurídico de las organizaciones internacionales tiene una mayor relevancia en cuanto a la identificación de su funcionamiento independiente. Las organizaciones internacionales funcionales deben poder interactuar dentro de los órdenes jurídicos nacionales e internacionales. Por esta razón, esos regímenes deben considerarlas sujetos de derecho, es decir, personas que puedan interactuar con otros sujetos del derecho interno e internacional. ¿Qué clase de personas son las organizaciones internacionales? Los Estados, como entidades, no son personas físicas, pero todavía necesitan interactuar en diferentes órdenes jurídicos. Es necesario considerarlos personas a través de una ficción jurídica. Esto resultará en ver a los Estados como personas morales: *Entia moralia, quæ ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur persona morales*⁵⁴. En este sentido, debemos recordar los esfuerzos de Maitland por conjugar la teoría del Estado (*Staatsslehre*) y la teoría de la corporación (*Genossenschaftslehre*)⁵⁵, que sostiene que las personas biológicas y los cuerpos políticos son dos tipos de personas ante el derecho.

Si admitimos que este argumento demuestra que los Estados son personas bajo la idea corporativa, podemos extender la misma lógica a las instituciones internacionales. Las organizaciones internacionales serían consideradas, por ello, como corporaciones *sui generis*, es decir, personas morales compuestas, ya que son también un cuerpo político, aunque en vez de estar formadas por hombres, lo estarán por Estados. Es de notar que este argumento encuentra su aplicación en la terminología de la OTAN, que si bien apenas se utiliza hoy en día, se puede encontrar con facilidad en algunos documentos OTAN y que definen a la organización como «un cuerpo jurídico y corporativo»⁵⁶.

En cualquier caso, lo cierto es que esta lógica, basada en el concepto corporativo⁵⁷, ayuda a comprender que las organizaciones internacionales

54 «Entidades morales, vistas en una analogía de sustancias, se denominan personas morales». PUFENDORF, S. *De Iure Naturæ et Gentium, Libri Octo*. London: Junghans imprimebat 1672, pp. 9-11, <archive.org/stream/samuelispuendorf1672pufe#page/8/mode/2up>, 4 de febrero de 2016.

55 «El viejo hábito del derecho de coordinar hombres y “entidades políticas” como dos tipos de personas, merece más atención por parte del filósofo moderno». MAITLAND, F. *Preface Extract from Maitland's Introduction to Political Theories of the Middle Age by Otto von Gierke*. Cambridge University Press, p. 3, <assets.cambridge.org/97805218/20103/excerpt/9780521820103_excerpt.pdf>, 4 de mayo de 2015.

56 North Atlantic Treaty Organization, «NATO Pipeline Committee: Terms and Conditions of Service and Status of Personnel in National Pipeline Organizations, Divisions and Central Europe Operating Agency», AC-112-D/2, p. 6, 30 October 1956, <archives.nato.int/>, 9 de enero de 2016.

57 «Cuando las instituciones internacionales hacen este tipo de derecho [a través de operaciones, directivas e iniciativas relativamente informales] actúan menos como personas y mas como comunidades». BEDERMAN, op. cit., p. 371. Véase JENKS, C. W. «The Legal Personality of International Organizations», *British Yearbook of International Law* 22, 1945, p. 271.

poseen derechos y obligaciones, así como una cierta personalidad internacional, así como una capacidad de actuar en el ámbito internacional [y en los órdenes jurídicos internos]. El razonamiento anterior no puede utilizarse para sostener que una organización internacional es la misma que un Estado y que tiene la misma personalidad jurídica, derechos y deberes⁵⁸; por esta razón, la lógica aplicada a las organizaciones internacionales no es la de los Estados, sino que requiere un enfoque funcional. Esto ayuda a explicar el fundamento del estatus jurídico de estas instituciones de manera autónoma sin referencia a los Estados.

En las secciones siguientes analizaremos el estatus jurídico⁵⁹ de la OTAN desde la perspectiva de la personalidad jurídica, incluyendo su capacidad jurídica y sus competencias. El estudio de las partes del estatuto jurídico es doble, esto es conforme se desarrolla en los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales. Sin embargo, es de suma importancia señalar que el ordenamiento jurídico internacional no es de carácter general únicamente, ya que «las organizaciones internacionales, a menudo, realizan sus actividades dentro de un orden jurídico que les es particular y que incluye no sólo a sus órganos, sino también a las reglas de la organización»⁶⁰. Por esta razón, el análisis del estatus jurídico de las organizaciones internacionales, y en este caso de la OTAN, debe hacerse teniendo en cuenta que funcionan dentro de los siguientes marcos: «(a) el derecho nacional de los Estados; (b) el derecho internacional general; y (c) la ley interna de la organización»⁶¹. Esta aproximación ofrece, en principio, una perspectiva aceptable para entender algunas de las particularidades jurídicas de la OTAN.

1. Personalidad jurídica

La justificación de la existencia de personalidad jurídica internacional en las instituciones internacionales se enfrenta a la «falta de uniformidad entre las

58 *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 11 April 1949, International Court of Justice, Advisory Opinion, p. 9, <www.icj-cij.org/docket/files/4/1835.pdf>, 9 de febrero de 2016. Véase *Exchange of Greek and Turkish Populations Opinion*, de 21 de febrero de 1925, Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI), Series B – No. 10, pp. 11, 24-25. Véase *Jurisdiction European Commission on the Danube Opinion*, 8 de diciembre de 1927, Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Series B - No. 14, p. 64.

59 «El estatus jurídico de las organizaciones internacionales» es la tercera designación de la cuestión relativa al derecho de las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales que El-Erian propuso a la Comisión de Derecho Internacional». El-Erian, in [1963] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 298, paras. 111 and 114, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1963, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1963_v1.pdf&lang=EFS>, 10 de noviembre de 2015.

60 DÍAZ GONZÁLEZ, en [1985] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 284, para. 14, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1985_v1.pdf&lang=EFSRA>, 16 de noviembre de 2015.

61 *Ibid.*

organizaciones internacionales, las cuales difieren mucho en sus derechos, sus obligaciones y sus funciones; se podría decir que difieren en su personalidad jurídica internacional»⁶². Además, hay que señalar que la noción de personalidad jurídica tiene *un caractère purement formel*⁶³ y que es una mera «situación»⁶⁴ que permite a una organización internacional «ser capaz de poseer derechos y deberes»⁶⁵ sin definirlos.

Por esta razón, los estudiosos del derecho institucional internacional han desarrollado tres enfoques diferentes. Las dos principales teorías para considerar que una organización internacional tiene personalidad jurídica internacional argumentan que, primero, esta parte clave del estatus jurídico la dan los Estados miembro de manera explícita en el documento constitutivo. Esto es lo que se conoce como «personalidad jurídica subjetiva». La segunda teoría principal sostiene, siguiendo a Seyersted, que las organizaciones internacionales poseen «personalidad jurídica objetiva»⁶⁶. La teoría exige que estas instituciones tengan órganos distintos de sus miembros constitutivos, lo que hace «legal e *ipso facto* sujetos generales del derecho internacional»⁶⁷ a las organizaciones internacionales. Esta es una situación que Dupuy y Kerbrat describen como *[i]l existe en droit international général la présomption de personnalité internationale au bénéfice des organisations intergouvernementales*⁶⁸.

Hoy en día, una tercera teoría se ha vuelto popular después de haber aplicado los principios del caso de *Reparations*⁶⁹. La abstracción de esos principios aplicados a la realidad testaruda de que las organizaciones internacionales existen en el plano jurídico, nos sugiere que su personalidad jurídica no surge «de la intención explícita o implícita de los creadores de la organización internacional, sino del

62 [1963] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 302, para. 21, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1963, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1963_v1.pdf&lang=EFS>, 20 de noviembre de 2015.

63 Kelsen, H. «Théorie du Droit international public», *RCADI* III, t. 84, 1953, p. 101. «En sí mismo, la atribución de personalidad a una entidad no significa nada. «Personalidad» –la cualidad de ser una persona– solo posee significancia en términos de un régimen jurídico específico», en LAUTERPACHT, E. «The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law* 152, Vol. 4, 1976, p. 403.

64 DENDIAS, M. «Les principaux services internationaux administratifs», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law* 63, Vol. 1, 1938, p. 288.

65 SCHERMERS y BLOKKER, op. cit., p. 993.

66 Koroma argumenta que el caso *Reparations* hace desaparecer cualquier intento neo-positivista de atribuir personalidad jurídica internacional al reconocimiento explícito del estatus, en [1987] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 205, para. 58, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1987, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1987_v1.pdf&lang=EFSRA>, 20 de noviembre de 2015.

67 SEYERSTED, F. *Common Law of International Organizations*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, pp. 48-49 y 364.

68 DUPUY, P. M.; KERBRAT, T. *Droit international public*. París: Dalloz 2012, p. 204.

69 *Reparations* op. cit.

funcionamiento del derecho internacional consuetudinario general; es decir, la personalidad de las organizaciones internacionales resulta de su existencia como un “hecho objetivo”⁷⁰. La cuestión no es cómo las organizaciones internacionales y su personalidad jurídica han sido establecidas, ya sea explícita o implícitamente con respecto de su constitución, «sino que existen»⁷¹, lo que confirma lo que R. J. Dupuy decía sobre las teorías filosóficas existencialistas: *l'existence précède l'essence*⁷². Por otra parte, el caso de *Reparations* también sugiere que el establecimiento de una organización internacional requiere la prueba de la necesidad funcional, que ayudará a reconocer su personalidad jurídica mediante la identificación de sus derechos y deberes⁷³. Podemos concluir que mediante el uso de argumentos existencialistas y funcionalistas se llega a determinar cuánta personalidad jurídica requiere una organización internacional para llevar a cabo las funciones y propósitos de sus órganos por su «estructura constitucional».

Antes de analizar la personalidad jurídica de la OTAN es necesario abordar algunas de sus particularidades y que alimentan las paradojas de la OTAN. Estas particularidades son cruciales para comprender cómo la personalidad jurídica de la OTAN llegó a existir y cómo funciona.

1.1. Particularidades de la personalidad jurídica de la OTAN

La primera particularidad de la OTAN se refiere a los acontecimientos históricos que hicieron que sus miembros desarrollaran un edificio institucional completo, y esto utilizando el margen de maniobra otorgado por el artículo 9 del Tratado. Este artículo autoriza la creación de órganos subsidiarios, lo que los signatarios del Tratado desarrollaron mediante la creación de estructuras civiles y militares. Igualmente, los signatarios dieron a estos órganos comunes civiles y militares una «posición jurídica» a través de tratados multilaterales subsiguientes, lo que resultó en la incorporación de la letra «O» al TAN⁷⁴. Nótese que el Tratado no menciona el término «OTAN» en ninguna de sus disposiciones.

En este desarrollo institucional jugó un papel relevante la guerra de Corea que estalló en junio de 1950, puesto que se considera el iniciador de la creación «apresurada» de los órganos comunes civiles y militares [órganos subsidiarios]

70 ALVAREZ, J. *International Organizations as Law-makers*. New York: Oxford University Press 2005, p. 134.

71 BEKKER, *op. cit.*, p. 56.

72 DUPUY, R. J. «Le Droit des relations entre les organisations internationales», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law* 100, Vol. 2, 1960, p. 532.

73 *Reparations*, *op. cit.*, pp 178 y 180.

74 KAY, *op. cit.*, pp. 35-57. Véase STEIN, E. and CARREAU, D. «Law and Peaceful Change in a Subsystem: “Withdrawal” of France from the North Atlantic Treaty Organization», 62 *AJIL* 3, 1968, p. 588.

de la OTAN⁷⁵. Las preocupaciones de la expansión soviética hicieron, en primer lugar, que los signatarios del TAN convirtieran al Consejo en un órgano permanente. A este fin, en el cuarto periodo de sesiones del Consejo se decidió *d'établir par la nomination de Suppléants un rouage permettant au Conseil, organe principal et directeur du Pacte, de s'acquitter pleinement de son rôle. Le texte complet de la résolution adoptée 'par le Conseil à ce sujet est joint en annexe*⁷⁶. Pero los diputados del Consejo, ya en su segundo periodo de sesiones, aprobaron el establecimiento de «un personal internacional permanente»⁷⁷, con lo que comenzó a funcionar la estructura civil de la OTAN. Dado que «también era necesario definir el estatuto jurídico de la Organización»⁷⁸, los miembros de la OTAN, encabezados por el Reino Unido, redactaron y concluyeron el 20 de septiembre de 1951 el Convenio sobre el Estatuto de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, de los Representantes Nacionales y del Personal Internacional, hecho en Ottawa el 20 de septiembre de 1951. Las disposiciones de este acuerdo «se basan en gran parte en las disposiciones de los acuerdos ya existentes sobre el estatuto de las organizaciones internacionales: las Naciones Unidas, sus organismos especializados, la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE) y el Consejo de Europa»⁷⁹. Por otro lado, los constituyentes del Tratado también comprendieron la necesidad de crear una estructura militar integrada como parte de los órganos de la OTAN, y ello para disuadir la amenaza soviética y asegurar la defensa de Europa occidental. Es de señalar que el Consejo acordó que SHAPE y su personal

75 En aquel momento estos se conocieron como las «agencias civiles y militares». Hoy, cuando se hace referencia a las «agencias de la OTAN» ya no se incluye la estructura militar integrada. North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. «Press communiqué North Atlantic Council eighth session», Rome, 2 Noviembre 1951, C8-D/15, 26 December 1951, para. 2, <archives.nato.int/uploads/r/null/1/9/19893/C_8-D_15_ENG.pdf>, 25 de noviembre de 2015.

76 North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. «Conseil de L'Atlantique Nord, Quatrième Session, Londres, 18 mai, 1950, Communiqué», <archives.nato.int/uploads/r/null/1/9/19185/C_4_COMMUNIQUE_FRE.pdf>, 25 de noviembre de 2015.

77 «El Personal Internacional de la OTAN tiene sus raíces en una resolución de 1951 en la que se esboza la necesidad de una organización permanente para apoyar a los diputados del Consejo (D-D (51) 30). La cuestión de personal necesitaba de una rápida reorganización, como se ve en un informe del año siguiente, donde los diputados del Consejo recomendaron el nombramiento de un secretario general a la cabeza de un Secretariado Internacional permanente (C9-D / 4). Después de la deliberación en el Consejo, el Comunicado Final de la Conferencia de Lisboa, de febrero de 1952, establece el puesto de secretario general como jefe de un Secretariado Internacional, que apoyará la labor del Consejo (C9-D / 22)», en North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives in scope and content of Fonds IS - 04 - International Staff / International Secretariat, <archives.nato.int/international-staff-international-secretariat;isad>, 25 de noviembre de 2015. Véase SNEE, J. «NATO Agreement on Status: Travaux Préparatoires», *International Law Studies, Naval War College*, Vol. LIV, 1961, p. 1.

78 SNEE, *op. cit.*, p. 4.

79 *Ibidem*, p. 6.

tuvieran un estatus análogo al que se le da a su estructura civil⁸⁰. Esta analogía no era una ficción jurídica, el Consejo hizo de la estructura militar integrada una parte integral de la OTAN «organizada bajo [y] sujeta a la orientación política y estratégica de los organismos apropiados [de la OTAN] ... bajo un comandante supremo que tendrá “suficiente autoridad delegada” para asegurar que las unidades nacionales asignadas a su mando estén organizadas y entrenadas ... en tiempo de paz y en caso de guerra. El comandante supremo contará con el “apoyo de un personal internacional” que represente a todas las naciones que contribuyan a la fuerza»⁸¹. Los Estados Unidos encabezaron el esfuerzo para redactar un acuerdo sobre el estatus de la fuerza de la OTAN⁸², que abarcaba todos los aspectos de una fuerza visitante de un Estado miembro en el territorio de otro signatario del Tratado. Con este fin, las naciones de la OTAN concluyeron el 19 de junio de 1951 el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (SOFA OTAN)⁸³.

Sin embargo, tan pronto como se aprobó el establecimiento SHAPE se planteó la cuestión de la aplicabilidad del SOFA OTAN a los cuarteles generales militares internacionales. El 7 de mayo de 1951, el grupo de trabajo ordenado por el Consejo de Diputados encomendó a Francia el examen del estatuto de fuerzas, quién inició estudios para examinar la aplicabilidad del SOFA OTAN a SHAPE y si «podría ser objeto de un protocolo que se adjuntara al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas»⁸⁴. La cuestión era relativa a que sus miembros son destinados por las naciones a un cuartel general aliado y actúan en su calidad de oficial de la OTAN y lo hacen «como miembros de un cuerpo común, el SHAPE reemplazaba

80 Ibidem.

81 North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. «North Atlantic Council fifth session, communiqué New York, 26 September 1952», paras. 1-4, <archives.nato.int/uploads/r/null/1/9/19372/C_5-D_10-FINAL_ENG.pdf>, 25 noviembre 2015. Véase SNEE, J. «NATO Agreement on Status: Travaux Préparatoires», 1961, *International Law Studies, Naval War College*, Vol. LIV, p. 6. [cursivas añadidas].

82 Los Estados Unidos partieron del «Agreement Relative to the status of Members of the Armed Forces of the Brussels Treaty Powers», acuerdo que nunca fué ratificado. Véase SARI, A. «The NATO SOFA at Sixty: Heading for Retirement or Has Life Just Begun?», <www.aurelsari.co.uk/2011/12/nato-sofa-at-sixty/>, 25 de noviembre de 2015. También en (2012) NATO Legal Gazette, 21, ambos citados en la nota a pie de página 11 como «Agreement Relative to the Status of Members of the Armed Forces of the Brussels Treaty Powers», 21 December 1949, 1950, Cmd. 7868. Véase JOHNSON, M. «NATO Military Headquarters», en D. Fleck (ed.) *The Handbook of The Law of Visiting Forces*, 2001, p. 269 (nota a pie de página 33).

83 Las disposiciones del SOFA OTAN se han incorporado por referencia en el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte y los otros Estados Participantes en la Asociación para la Paz Relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Bruselas el 19 de junio de 1995 (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1998).

84 North Atlantic Treaty Organization. «Protocol on the Status of Allied Headquarters», Document D-D(52)2, 3 January 1952, en SNEE, *op. cit.*, p. 592. Nótese que la cuestión de la posibilidad de tener un acuerdo específico (Protocolo de París) para los cuarteles generales internacionales ya fué discutido por los Estados de la OTAN el 16 y 26 de abril de 1951 (documents MS-D(51)24 and MS-R(51)16 respectivamente). Ambos documentos pueden encontrarse en SNEE, *op. cit.*, pp. 183 (MS-R(51)16) y 475 (MS-D(51)24).

al Estado que los envía en relación a ciertos derechos y obligaciones que el Convenio de 19 de junio de 1951 [SOFA OTAN] otorga o impone a [la fuerza] del Estado [que envía]»⁸⁵. El resultado fue la firma, el 28 de agosto de 1952, del Protocolo sobre el Estatuto de los Cuarteles Generales militares internacionales establecidos en cumplimiento del Tratado del Atlántico Norte (Protocolo de París). El Protocolo de París cumplió dos misiones: en primer lugar, integró las disposiciones del SOFA OTAN y las adaptó a las necesidades funcionales de un cuartel general militar internacional y, en segundo lugar, creó un estatuto especial para los cuarteles generales militares internacionales análogo al creado para el Consejo y sus órganos civiles subsidiarios ... [y] dotó a los Cuarteles Generales Supremos de personalidad jurídica y otras capacidades jurídicas»⁸⁶.

Lo anterior viene a demostrar que la OTAN, en un periodo muy corto de tiempo, aprovechó y desarrolló la institucionalización embrionaria contenida en el artículo 9 del TAN para convertirse en una organización internacional de pleno derecho preparada para cumplir su misión, es decir, para las funciones y propósitos establecidos por sus miembros. La OTAN nació en dos etapas distintas, en 1949 con la firma del Tratado y en el periodo transcurrido entre 1951 y 1952 con la firma de los tres tratados fundacionales, esto es, el SOFA OTAN, el Convenio de Ottawa y el Protocolo de París. Esto ayuda a explicar algo de su ambigüedad de carácter y propósito⁸⁷, lo que permite a la OTAN adaptarse a un ambiente internacional cambiante de acuerdo con los intereses de sus miembros, si bien enmarcados en los fundamentos de la Carta de las Naciones Unidas. De acuerdo con lo anterior, podemos argumentar, una vez más, que la OTAN es una organización internacional funcional y sólo puede explicarse bajo un enfoque funcionalista. El concepto de función es un elemento clave para estudiar el estatuto jurídico de la OTAN y, en particular, su personalidad jurídica. La segunda particularidad se refiere, a algo que acabamos de citar, el hecho de que en la OTAN hay «varios tratados relativos a privilegios e inmunidades, incluidos los de la propia organización, los de las misiones de sus Estados ante la OTAN, los de la sede militar de la OTAN y los de las fuerzas militares de los Estados miembros»⁸⁸. Para comprender esta segunda peculiaridad es necesario ahondar en los trabajos preparatorios, en este caso existentes, de esos acuerdos multilaterales, donde podemos encontrar la intención de las partes y la forma en que previeron la «posición jurídica» de los órganos comunes a los que esos tratados serían aplicables. Tenemos que señalar que

85 SNEE, *op. cit.*, p. 593.

86 SNEE, *op. cit.*, p. 6.

87 CALLEO, D. *The Atlantic Fantasy: The U.S., NATO, and Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins Press 1970, p. 26.

88 WOUTERS y NAERT, *op. cit.*, p. 24.

los tres acuerdos multilaterales que siguieron al Tratado, es decir, el SOFA OTAN y su Protocolo de París, así como el Convenio de Ottawa se negociaron simultáneamente. A los Estados Unidos se le encargó dirigir el SOFA OTAN, al Reino Unido el Convenio de Ottawa y a Francia el Protocolo de París. Las negociaciones tuvieron lugar «en dos niveles: a) por un grupo de trabajo, asistido por un subcomité financiero y un subcomité jurídico; y b) por los representantes de los Estados, que fueron sucedidos, después de la reorganización de la OTAN en 1952, por el propio Consejo»⁸⁹. Todos los miembros de la OTAN participaron en ambos niveles de negociación.

El memorando presentado por el representante del Reino Unido el 1 de marzo de 1951 con el proyecto de artículos del Convenio de Ottawa, otorgaba personalidad jurídica al Consejo, así como la capacidad para celebrar contratos, adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles e instituir procedimientos legales. En el mismo memorando se indicaba que el secretario general actuaría en nombre del Consejo⁹⁰. Además, el proyecto confería también al Consejo poderes para establecer tratados⁹¹. Sin embargo, un mes y medio después, en un proyecto de Convenio presentado el 16 de abril de 1951 se dice con respecto del texto del artículo 3: «La Organización tendrá personalidad jurídica; tendrá la capacidad ... El Consejo actuará en nombre de la Organización ... »⁹². ¿Cuál fue la razón para tal cambio? El análisis del texto de marzo y abril, junto con los acontecimientos históricos mencionados anteriormente relativos a la amenaza de la Unión Soviética, nos informan de que el borrador del 16 de abril es la primera vez que los miembros de la OTAN tienen que manifestar «formalmente» que son una Organización. Esto es, que su «criatura» era más que una alianza militar entendida en sentido tradicional⁹³. La incorporación del término «Organización» en el proyecto de 16 de abril propugna y justifica el estilo de los artículos del Convenio de Ottawa, todos ellos similares, como se ha dicho anteriormente, a aquellos de las Naciones Unidas y sus organismos

89 SNEE, *op. cit.*, p. 7.

90 North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. «Status of NATO Representatives and International staff. Memorandum of the United Kingdom Deputy», 1 March 1951, p. 1, <archives.nato.int/uploads/r/null/3/1/31084/D-D_51_58_ENG.pdf>, 25 de febrero de 2016.

91 North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. «Status of NATO Representatives and International staff. Memorandum of the United Kingdom Deputy», 1 March 1951, p. 10, <archives.nato.int/uploads/r/null/3/1/31084/D-D_51_58_ENG.pdf>, 25 de noviembre 2015.

92 NATO document MS-D(51) 24, dated 16 April 1951, en SNEE, *op. cit.*, pp. 475-476.

93 Sobre esta cuestión debemos recordar las discusiones jurídicas que tuvieron lugar sobre la retirada de Francia de la estructura militar integrada. Francia vino a decir que su retirada lo era de la Organización, pero no de la Alianza. «[L]a France reste fidèle à l'Alliance; elle se retire seulement de l'Organisation, base sure des textes postérieurs à la signature du Traité» en CHARPENTIER, J. «Le retrait français de l'O.T.A.N.», 12 *Annuaire français de droit international*, 1966, pp. 419-425.

especializados, reafirmando así que la OTAN es además de una alianza, una organización internacional.

Es importante señalar que la última frase que hace referencia al Consejo como representante de la Organización desaparece en la versión final del Convenio de Ottawa, es decir, el texto deja abierto así que otro órgano común, aparte del Consejo, pueda representar a la Organización. ¿Cómo podría otro órgano representar a la Organización sin personalidad jurídica? La decisión ya estaba tomada, el Cuartel General Supremo. Durante la sesión del Grupo de Trabajo de los días 17 y 18 de enero de 1952, «el representante de SHAPE observó que el Cuartel General Supremo estaba perdiendo gradualmente las características de un cuartel general puramente militar y operacional»⁹⁴. Así las cosas, sólo necesitamos recordar lo dicho *ut supra*, que el Consejo decidió crear una estructura militar integrada que sería parte de los órganos comunes de la OTAN y bajo la dirección de un comandante supremo con «suficiente autoridad delegada» en tiempo de paz, así como en caso de guerra⁹⁵.

La creación de órganos subsidiarios específicos para cumplir las funciones de la OTAN exigía que SHAPE tuviera codificada una posición jurídica específica y pudiera representar y ejecutar las actividades militares de la OTAN. La tarea no sólo requería concluir un acuerdo para otorgar una posición jurídica al Cuartel General Supremo, sino también para dejar claro que estaban excluidos del Convenio de Ottawa. A tal efecto, el artículo II del Convenio de Ottawa establece que sus disposiciones no se aplicarán a ningún cuartel general militar a menos que el Consejo decida otra cosa. El artículo II dió paso a un acuerdo sobre un estatuto autónomo para los cuarteles generales militares internacionales, si bien análogo en muchas partes al Convenio de Ottawa, pues la cuestión era de formar también una organización internacional. El resultado fue la conclusión del Protocolo de París de 1952, que, entre otras cosas, otorgó a los cuarteles generales supremos una posición jurídica⁹⁶. La necesidad de otorgar personalidad jurídica al Cuartel General Supremo nunca fue cuestionada durante las negociaciones del Protocolo de París, de hecho, el presidente del Grupo de Trabajo dijo que «le gustaría ver un texto adoptado en la línea de las disposiciones del Convenio de Ottawa en el sentido de que el Cuartel General Supremo debe poseer personalidad jurídica»⁹⁷.

Para concluir esta segunda particularidad, debemos recordar que entre enero y marzo de 1952 se desarrollaron varias discusiones entre las naciones con

94 NATO document MS-R(52) 2, dated 17-18 January 1952, en SNEE, *op. cit.*, p. 271.

95 North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. '«North Atlantic Council fifth session, communiqué New York», 26 September 1952, paras. 1-4, <archives.nato.int/uploads/r/null/1/9/19372/C_5-D_10-FINAL_ENG.pdf>, 25 de noviembre de 2015. SNEE, *op. cit.*, p. 6.

96 SNEE, *op. cit.*, p. 6.

97 NATO document MS-R(52) 2, dated 17-18 January 1952, en SNEE, *op. cit.*, p. 273.

respecto a la personalidad jurídica del Cuartel General Supremo. El borrador inicial del artículo relacionado con la personalidad jurídica y la capacidad del Cuartel General Supremo decía en un principio: «en la medida en que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones»⁹⁸. Esa redacción no beneficiaba ni a una personalidad y capacidad jurídicas de carácter independiente para el Cuartel General Supremo y, aunque pareciera de carácter funcionalista, limitaba la libertad de acción del Cuartel General Supremo como órgano subsidiario de la OTAN y así contribuir plenamente a las funciones y propósitos generales de la OTAN⁹⁹. Finalmente, la frase fue suprimida por la propuesta de los Países Bajos. La realidad era que esa frase constituía un añadido superfluo que no aportaba nada nuevo, ya que siendo las organizaciones internacionales sujetos de derecho internacional no están al mismo nivel que los Estados y sus interacciones en planos nacionales e internacionales dependerán siempre y de manera necesaria de las funciones y propósitos para los cuales fueron creadas. La frase hubiera suscitado dudas de interpretación en el futuro.

Todo este minucioso desarrollo legislativo internacional de la OTAN, con fundamentos nada caprichosos, no se tuvo en cuenta, desafortunadamente, por los negociadores de SHAPE y España cuando, durante las negociaciones del Acuerdo Complementario, el Ministerio de Asuntos Exteriores insistió en que el título del tratado caracterizara a SHAPE como un órgano subordinado de la «Organización»: «Acuerdo entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, *representada por* [cursivas añadidas] el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa, relativo a las condiciones especiales aplicables al establecimiento y explotación en territorio español de un Cuartel General Militar Internacional». SHAPE, como hemos visto, es una organización internacional autónoma dentro de la OTAN. La OTAN, tal y como la entendemos, es una «caja» con distintas organizaciones internacionales dentro, como el Grupo del Banco Mundial, donde cada una tiene su posición jurídica distinta. La desafortunada frase, implica que SHAPE no tiene capacidad para concluir tratados y que lo tiene que hacer en representación de quien sí la tiene. Lo cierto es que esta «osadía» jurídica no ha tenido efecto en desarrollos legislativos posteriores, donde SHAPE ha concluido, como organización internacional autónoma, otros acuerdos con España.

Cuando de manera genérica nos referimos a la OTAN, el jurista [y politólogo] deben ver todas las posiciones jurídicas que existen dentro de ella, si no, flaco favor harían al derecho internacional y a su desarrollo y aplicación. Por lo tanto, la falta de conocimiento e investigación sobre la naturaleza de las distintas

98 NATO document MS-R(52) 3, dated 22 January 1952, en SNEE, *op. cit.*, p. 284.

99 «1) les organismes subsidiaires ont des fonctions délimitées par les fonctions de l'organisation» en REUTER, P. «Les organes subsidiaires des organisations internationales», in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris : Pédone 1960, p. 426.

posiciones jurídicas de la OTAN hace que la labor pedagógica durante las negociaciones de acuerdos con OTAN sea necesaria. Nótese también que esta situación no es exclusiva de España, puesto que ha ocurrido recientemente con Eslovaquia, donde el autor de estas líneas y Mette Hartov, asesora jurídica del Cuartel General Supremo Aliado de Transformación, tuvieron intensas negociaciones para explicar la aplicación autónoma de la personalidad jurídica de los Cuarteles Generales Supremos amparados por el Protocolo de París. No hay necesidad jurídica para que una personalidad jurídica, la otorgada a la «Organización» por el Convenio de Ottawa, deba ser representada por otra personalidad jurídica autónoma, la otorgada a los «Cuarteles Generales Supremos» por el Protocolo de París, y viceversa.

A la luz de lo anterior, es evidente que en la OTAN coexisten dos personalidades jurídicas autónomas y separadas, una para los órganos subsidiarios civiles y otra para los militares, hecho que nos lleva a la tercera particularidad. Este es un aspecto, que como hemos visto más arriba con el Grupo del Banco Mundial, ocurre en el panorama de las organizaciones internacionales. El hecho de que la OTAN tenga dos personalidades jurídicas internacionales diferentes requiere, como en el Grupo del Banco Mundial, contar con ciertos procedimientos para que no colisionen. A este respecto, cabe recordar el obsoleto Manual Jurídico de la OTAN de 2010¹⁰⁰, que aún así representa el esfuerzo de los asesores jurídicos de los principales órganos de la OTAN para codificar la práctica del «derecho atlántico», lo que ha evitado conflictos entre los dos estatutos jurídicos y sus muchos practicantes. Sobre este particular, la Oficina del Asesor Jurídico del Secretariado Internacional de la OTAN normalmente concluye acuerdos SOFA¹⁰¹, de tránsito¹⁰², acuerdos relativos al estatuto de las agencias de la OTAN o sus interacciones con los otros órganos de la OTAN o terceros, acuerdos de seguridad¹⁰³ con Estados y entidades, y, también, los acuerdos de participación y financiación para los Estados que no pertenezcan a la OTAN y quieran formar parte de la operaciones que dirija la Alianza¹⁰⁴. Es necesario precisar que Oficina del Asesor Jurídico del Secretariado Internacional de la OTAN ha aclarado su situación jerárquica entre los órganos comunes:

100 NATO Legal Deskbook, 2010, pp. 131-132, <info.publicintelligence.net/NATO-LegalDeskbook.pdf>, 27 de noviembre de 2015.

101 North Atlantic Treaty Organization, «NATO-Afghanistan SOFA», <www.afghanistan-analysts.org/wp-content/uploads/2014/10/SOFA-ENGLISH.pdf>, 27 de noviembre de 2015.

102 MUZALEVSKY, R. «NATO-Kazakhstan Transit Agreement: Unleashing the Potential of Northern Supply Route», *Eurasia Daily Monitor* Volume: 7, Issue: 37, 2010, <jamestown.org/single/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=36080#VleRz66rS8U>, 27 de noviembre de 2015.

103 North Atlantic Treaty Organization, «Israel signs security agreement with NATO», <www.nato.int/cps/en/natohq/news_18727.htm>, 26 de noviembre de 2015.

104 North Atlantic Treaty Organization, «Russia signs IFOR Participation and Financial Agreements», <www.nato.int/cps/en/natohq/news_24997.htm?selectedLocale=en>, 27 de noviembre de 2015.

«No soy el asesor jurídico de toda la OTAN y no tengo ninguna relación jerárquica con los otros 100 profesionales legales en toda la Organización. La mayoría de éstos están en la parte militar ... Esta oficina no maneja TODO el trabajo legal para la organización, solamente la parte del Secretariado Internacional. No puedo decir a ninguna otra oficina legal o a uno de sus oficiales cuál es su política, o cuál debería ser»¹⁰⁵.

Por otro lado, los dos cuarteles generales supremos tienen un requisito continuo de celebrar acuerdos internacionales formales - acuerdos complementarios [tratados]¹⁰⁶, canje de cartas, arreglos administrativos de todas clases¹⁰⁷, sobre todo en forma de memorando de entendimiento (MOU) - con diversos órganos, incluidos Estados y otras organizaciones internacionales, así como organizaciones no gubernamentales. «De conformidad con el Protocolo ... establecido en virtud del Tratado del Atlántico Norte (Protocolo de París), sólo dos cuarteles generales supremos tienen personalidad jurídica; y, por tanto, la autoridad para celebrar acuerdos jurídicamente vinculantes»¹⁰⁸.

En la OTAN, la codificación de sus dos personalidades jurídicas tiene lugar en el periodo que transcurre entre 1951 y 1952 con la firma del Convenio de Ottawa y el Protocolo de París respectivamente. Así pues, en un esfuerzo por evitar (intra)interferencias, se publicó la Directiva Bi-SC 15-3, y si bien hoy esta directiva requiere una actualización, todavía son válidos los principios que establece para aplicar el Protocolo de París:

«La Directiva Bi-SC 15-3 establece procedimientos y responsabilidades para la redacción, preparación, negociación, conclusión y comunicación de acuerdos internacionales a los cuales HQ SACT, SHAPE o cualquier otro elemento constituyente dentro del Mando Aliado de Operaciones y del Mando Aliado de Transformación pueda hacer. También proporciona definiciones comúnmente aceptadas para los acuerdos y arreglos concertados por los dos cuarteles generales supremos o sus cuarteles generales [directamente]

105 «NATO Legal Eagles», Interview to NATO International Staff Legal Advisor, 2014, *NATO Staff Centre Magazine* 9, p. 12, <issuu.com/natostaffcentremag/docs/nscm_9_issue>, 25 de noviembre de 2015.

106 Algunos están disponibles en Internet. Bélgica: <www.dekamer.be/digidoc/DPS/K2004/K20040215/K20040215.pdf>. Estonia: <www.riigiteataja.ee/aktiisa/2140/5201/3002/NATO_HQ_engl.pdf>. España: <www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-9054>, 27 de noviembre de 2015.

107 Un ejemplo es Latvia: <m.likumi.lv/doc.php?id=217498>, 27 noviembre 2015. Véase MUNOZ MOSQUERA, A. B. «Host Nation Support Arrangements: the NAC-approved Military-to-Military Tools», *NATO Legal Gazette*, 24, 2011, pp. 3-7, <www.ismlw.org/NATO%20LEGAL%20GAZETTE/Legal%20GazetteIssueNo%2024.pdf>, 26 de noviembre de 2015. Véase North Atlantic Treaty Organization Standardization Office, «Allied Joint Doctrine for Host Nation Support», <nso.nato.int/nso/zPublic/ap/ajp-4.5%20edb%20v1%20e.pdf>, 5 de diciembre de 2015.

108 NATO Legal Deskbook, *op. cit.*, pp. 131-132.

subordinados, así como identificar al órgano relevante que tiene la autoridad para celebrar un tipo específico de acuerdo»¹⁰⁹.

A fin de enmarcar doctrinalmente esta tercera particularidad de la personalidad jurídica de la OTAN, debemos referirnos a lo que Blokker denomina «la cuestión de la (in)divisibilidad de la personalidad jurídica internacional»¹¹⁰, que parece no haber sido resuelto por los investigadores; pero que, sin embargo, la práctica de la OTAN, como se ha explicado anteriormente, avanza un esfuerzo empírico por resolver este aparente arcano, y lo hace codificando en las reglas de la organización las capacidades y las competencias de los órganos subsidiarios de la OTAN con personalidad jurídica internacional. Esta práctica no sólo aporta claridad a la forma en que la OTAN aplica sus posiciones jurídicas, sino que también contribuye a demostrar la conclusión de Reuter del estatus jurídico de los órganos subsidiarios y quizá sirva para una futura codificación de esta cuestión de «la (in)divisibilidad de la personalidad jurídica internacional» en los acuerdos venideros de las organizaciones internacionales:

«No hay nada sorprendente en esto: la libertad de establecer órganos y conferirles diversos grados de descentralización es una característica importante del derecho constitucional de cada organización. La cuestión de los órganos subsidiarios, vista desde este punto de vista, no se presta a la codificación aplicable a todas las organizaciones internacionales, ni siquiera a la codificación limitada a la cuestión de los acuerdos de las organizaciones internacionales»¹¹¹.

1.2. Personalidad jurídica en el plano internacional

El Tratado del Atlántico Norte, desde el punto de vista institucional, no es completo, ya que no aborda las cuestiones institucionales fundamentales de una organización internacional, como las relativas a cuáles son sus órganos subsidiarios, el secretariado, el proceso de votación, la posición jurídica (estatus jurídico - personalidad jurídica, capacidad y responsabilidades – privilegios e inmunidades, y responsabilidades), la forma de resolución de disputas, etc. Estas cuestiones se resolverán, como hemos visto, con la celebración del Convenio de Ottawa y el Protocolo de París, así como por distintas resoluciones del Consejo, reforzando el «derecho atlántico» desde un punto de vista institucional. El órgano principal de la

109 *Ibidem*.

110 SCHERMERS y BLOKKER, *op. cit.*, p. 99.

111 Reuter, en [1973] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 86, para. 67, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1973/Add.1, <legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1973_v2.pdf>, 16 de noviembre de 2015.

OTAN, el Consejo, a través de resoluciones¹¹² fue creando los órganos subsidiarios y, con el fin de anclarlos institucionalmente, los Estados fueron concluyendo tratados multilaterales y bilaterales y otros tipos de acuerdos internacionales de carácter administrativo, todo complementado con las resoluciones/decisiones del Consejo y las políticas y directivas de los órganos subsidiarios¹¹³.

Independientemente de la teoría que apliquemos, la OTAN cumple con todos los criterios para tener personalidad jurídica internacional. Teniendo en cuenta las disposiciones del Convenio de Ottawa y del Protocolo de París, la OTAN tiene dos personalidades jurídicas subjetivas. El artículo IV y el artículo 10 de los dos acuerdos citados respectivamente establecen, *expressis verbis*, que la Organización y cada cuartel general supremo tendrán personalidad jurídica. Por otro lado, el artículo XXV del Convenio de Ottawa y el artículo 16 del Protocolo de París establecen respectivamente facultades para que la Organización y los cuarteles generales supremos celebren acuerdos complementarios bilaterales, es decir, otorgan un poder limitado de celebración de tratados. Sin embargo, tal limitación a acuerdos bilaterales de carácter complementario fue ampliándose por las reglas de la organización y la práctica de la OTAN, dando mayores prerrogativas a los órganos comunes como veremos más adelante.

Por otra parte, la «personalidad jurídica objetiva»¹¹⁴, según la entiende Seyersted¹¹⁵, también encuentra confirmación empírica dentro de la OTAN. Como hemos explicado anteriormente, la OTAN es una institución orgánica: tiene órganos distintos de los miembros de la OTAN, el Consejo del Atlántico Norte y sus órganos subsidiarios civiles y militares que están asociados permanentemente¹¹⁶. Estos se distinguen de los Estados miembro y tienen

112 Dos ejemplos: 1. La creación del Comité de Defensa, en North Atlantic Treaty Organization. «Final Communiqué of the first Session of the North Atlantic Council - (Terms of Reference and Organisation)», <www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17117.htm>, 28 de noviembre de 2015; and 2. the creation of the Supreme Headquarters Allied Powers Europe in North Atlantic Treaty Organization. «Final Communiqué of the sixth Session of the North Atlantic Council», <www.nato.int/docu/comm/49-95/c501219a.htm>, 28 de noviembre de 2015.

113 Estos acuerdos son el SOFA OTAN, Acuerdo de Ottawa, Protocolo de París. Con los acuerdos colaterales se continúa formando la estructura constitucional de la OTAN, lo que incluye «las reglas de la organización». Estas últimas, tal y como las entiende la Comisión de Derecho Internacional. Véase [2009] 2/2 Y.B. Int'l L. Comm'n, p. 32, UN Doc. A/CN.4/SER.A/2009/Add.1 (Part 2), <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2009_v2_p1.pdf&lang=E>, 9 de noviembre de 2015. véase WOUTERS y NAERT, *op. cit.*, p. 24.

114 Koroma argues that the *Reparations case* washes out any neo-positivist attempt to attribute international legal personality to explicit recognition of the status, [1987] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 205, para. 58, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1987, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1987_v1.pdf&lang=EFSRA>, 20 de noviembre de 2015.

115 SEYERSTED, *op. cit.*, pp. 48-49 y 364.

116 «La Alianza es estable debido a que esencialmente es un producto de la estructura de un sistema y de un interés común de seguridad generado por tal sistema». SNYDER, G. «The Security Dilemma in Alliance Politics», *World Politics* XXXVI 4, 1984, p. 485.

una vida propia, con su propio ordenamiento jurídico y con capacidad de interacción dentro del derecho internacional y, por último, sus decisiones se toman colectivamente¹¹⁷ por los órganos comunes¹¹⁸ que informan a la capacidad jurídica convencional para llevar a cabo sus misiones, es decir, para ser funcionales de acuerdo con sus propósitos. Un ejemplo es la aplicación del artículo 3 del TAN –asistencia mutua– que se hace mediante la celebración de una serie de acuerdos internacionales de carácter administrativo y que tienen, normalmente, forma de memorando de entendimiento y se concluyen entre órganos de la OTAN, y también entre éstos y miembros y no miembros de la OTAN. Se trata de acuerdos donde se establecen las condiciones bajo las cuales los participantes tienen la intención de cooperar en ciertas áreas en apoyo de la capacidad individual y colectiva de los miembros de la OTAN para resistir un ataque armado¹¹⁹.

Con respecto a la tercera teoría, podemos argumentar que la OTAN «existe» y opera en los planos jurídico internacional e interno, lo que demuestra que es capaz de, entre otras cosas, celebrar acuerdos con Estados miembros y no miembros¹²⁰, mantener cuarteles generales militares y civiles, tanto de carácter internacional y multinacional, dentro y fuera de los territorios de los miembros de la OTAN¹²¹, concluir contratos de bienes y servicios para sus actividades dentro y fuera de los territorios de los miembros de la OTAN¹²², contratar a personas de miembros de la OTAN y miembros no pertenecientes a la OTAN para sus operaciones¹²³, etc.

117 BROWNIE, I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 677.

118 «El Consejo del Atlántico Norte es de hecho un consejo de ministros internacional, ello en la medida que trata asuntos de la OTAN. Por otro lado, la autoridad del Consejo no queda alterada de ninguna manera por la presencia o ausencia de ministros», discurso del secretario general Lord Ismay, 8 de septiembre de 1952 en JORDAN, *op. cit.*, p. 59.

119 MUÑOZ MOSQUERA, A. B. «Memorandum Of Understanding (MOU): A Philosophical and Empirical Approach (Part I)», 2014, *NATO Legal Gazette*, 34, at 55-69, <www.ismllw.org/NATO%20LEGAL%20GAZETTE/Legal%20GazetteIssueNo%2034.pdf>, 10 de mayo de 2015.

120 Algunos ejemplos: Security Agreements for exchange of classified material (<www.nato.int/cps/en/natohq/news_18727.htm>, 20 de noviembre de 2015). Host Nation Support Memoranda of Understanding (<www.aco.nato.int/finland-and-sweden-signing-a-memorandum-of-understanding-with-nato-for-operational-and-logistic-support>, 20 de noviembre de 2015). Participation and Financial Agreements for becoming a troop-contributing-nation in NATO-led operations (<www.nato.int/cps/en/natohq/news_24997.htm?selectedLocale=en>, 22 de noviembre de 2015).

121 North Atlantic Treaty Organization. Allied Command Operations. <www.aco.nato.int/structure> and <www.aco.nato.int/ongoingoperations>, 24 de noviembre de 2015.

122 North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. «Purchases by SHAPE from International Funds from non-NATO countries», <archives.nato.int/purchases-by-shape-from-international-funds-from-non-nato-countries;isad>, 24 de noviembre de 2015.

123 «Los RS *International Civilian Consultants* (ICC) y *Local Civilian Hires* (LCH) son civiles empleados para el apoyo de requerimientos especiales de la misión ... esta categoría de personal civil incluye nacionales de miembros de la OTAN y de otras naciones que contribuyen con tropas a la operación (TCNs) ... en cuanto

La OTAN lleva a cabo todas estas actividades para el cumplimiento de sus funciones y propósitos en cualquier parte del mundo a través de sus órganos comunes que aplican su «estructura constitucional». En consecuencia, la OTAN posee personalidad jurídica, desde un punto de vista funcional y con el propósito de cumplir con las misiones específicas de la OTAN originalmente establecidas en el TAN y continuamente actualizadas con las decisiones y políticas del Consejo, así como por las directivas y prácticas de los órganos subsidiarios. Esto, en su conjunto, forma el acervo de la OTAN.

La aplicabilidad de lo anterior conforma la base de las particularidades de la personalidad jurídica de la OTAN y que hemos desarrollado anteriormente. Para ilustrarlo es de gran interés que en este análisis recordemos la creación de SHAPE. El Consejo, en su sexto periodo de sesiones, designó al general Eisenhower como comandante supremo de la estructura militar integrada y le encargó crear un «órgano subsidiario»: «asumirá su mando y establecerá sus sedes en Europa a principios del año nuevo»¹²⁴. El 2 de abril de 1951, el general Eisenhower ejecutó este mandato y, después de intensos trabajos por un periodo de tres meses, firmó la activación del SHAPE¹²⁵. Así pues, vemos que el General representó al Consejo. Cabe señalar que el Consejo no decidió hasta febrero de 1952, durante su noveno periodo de sesiones -reorganización de Lisboa- nombrar un secretario general¹²⁶, y el nombramiento de Lord Ismay no tendría lugar hasta el 13 de marzo de 1952¹²⁷. Estos hechos traen a la luz pruebas empíricas de la *volonté distincte* de la OTAN, de su existencia real como organización internacional orgánica y funcional con una posición jurídica real y ejecutable, incluso antes de estar codificada. Ello permitió a las estructuras, incluso trabajando con instrumentos los institucionales básicos del TAN, actuar como persona jurídica pudiendo aplicar las decisiones de sus órganos comunes. La decisión del Consejo se apoyó «posteriormente» (agosto

a los *Local Civilian Hires* (LCH), solo personas con nacionalidad afgana pueden solicitar». North Atlantic Treaty Organization. Resolute Response Mission in Afghanistan, «The Resolute Support (RS) Recruitment Office manages the recruitment for all International Civilian Consultants (ICCs) and Local Civilian Hire (LCH) positions, within the Crisis Establishment for all RS Area of Operation». <www.rs.nato.int/images/stories/File/general_information_for_applicants.pdf>, 25 de noviembre de 2015.

124 North Atlantic Treaty Organization. «Final Communiqué of the sixth Session of the North Atlantic Council», <www.nato.int/docu/comm/49-95/c501219a.htm>, 28 de noviembre de 2015. Véase GAVIN, V. *Europa unida: Orígenes de un malentendido consciente*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona 2007, p. 175, en nota a pie de página 33.

125 North Atlantic Treaty Organization, «ACO History. 1949-1952: Creating a Command Structure for NATO», <www.aco.nato.int/page14612223>, 29 de noviembre de 2015.

126 North Atlantic Council ninth session, final communiqué Lisbon, 20-25 February 1952, <www.nato.int/docu/comm/49-95/c520225a.htm>, 29 de noviembre de 2015. Véase North Atlantic Treaty Organization, «Lisbon Reorganization», <www.nato.int/archives/ismayrep/text.htm#1>, 28 de noviembre de 2015.

127 North Atlantic Treaty Organization, «Lord Ismay. NATO Secretary General 1952 – 1957», <www.nato.int/cps/en/natolive/who_is_who_7294.htm>, 28 de noviembre de 2015.

de 1952) en el Protocolo de París, que a su vez demuestra empíricamente los argumentos de Reuter sobre los órganos subsidiarios:

«Dans beaucoup de cas d'autre part l'acte juridique émanant de l'organisation est jumelé avec un accord intergouvernemental; l'organisme crée ainsi dans son propre sein un organe subsidiaire, mais c'est un accord entre Etats qui institue de nouvelles obligations et enrichit l'organisme subsidiaire d'une série de compétences et the fonctions nouvelles ... l'organisation joue un rôle en tant que personne juridique, puisque c'est une de ses délibérations qui crée un organe subsidiaire, mais c'est la volonté des Etats en tant que telle qui assume de nouvelles obligations, ce qui permet de développer les compétences de l'organisation tout en respectant leur fondement ... les organes subsidiaires sont fondés sur une manifestation de volonté propre à l'organisation»¹²⁸.

En 2011, la OTAN presentó observaciones a la Comisión de Derecho Internacional durante los trabajos de esta en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (PAROI) y declaró: «La OTAN es una organización internacional en el sentido del proyecto de artículo 2 a) , y como tal sujeto de derecho internacional. Posee personalidad jurídica internacional, así como poder de celebración de tratados»¹²⁹.

Con esta afirmación, la OTAN muestra que «existe», que es un sujeto del derecho internacional y que su personalidad jurídica no sólo se manifiesta explícita e implícitamente, sino también funcionalmente como se requiere para poder cumplir con las funciones y propósitos de la OTAN en el plano internacional, para ello, entre otras cosas, sus órganos comunes tienen la capacidad de celebrar tratados. Esta perspectiva de necesidad funcional instigada por el caso de *Reparations* a nivel internacional crea un principio general. Este principio general presenta la personalidad jurídica de la OTAN, expresada explícitamente por el Convenio de Ottawa y el Protocolo de París, como el instrumento que permite aplicar su capacidad jurídica para celebrar contratos y adquirir y enajenar bienes e iniciar procedimientos judiciales. Estos son derechos, que operan en el plano internacional¹³⁰ y en el ámbito nacional, y que permiten a la OTAN cumplir con sus funciones y propósitos según lo acuerdan sus mandantes.

Finalmente, el desprecio de algunos escritores por la institucionalización particular de la OTAN y sus mecanismos internacionales de toma de decisiones les ha hecho

128 Reuter, «Les organes subsidiaires ...», *op. cit.*, pp. 423-425.

129 United Nations. «Responsibility of international organizations Comments and observations received from international organizations», A/CN.4/545, p. 11, <legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_545.pdf >, 24 de noviembre de 2015.

130 ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 135.

negar la personalidad jurídica internacional de la Organización¹³¹. Esto a ocurrido desde sus inicios y, más recientemente, cuando la Corte Internacional de Justicia y el TEDH examinaron la responsabilidad internacional de la OTAN como consecuencia de las operaciones de las Naciones Unidas en Kosovo¹³². Aunque la cuestión de la responsabilidad se abordará más adelante, podemos avanzar que puede haber confusión sobre esta cuestión por la manera en que se ejercen las personalidades jurídicas de la OTAN. Sin embargo, eso no hace desaparecer la responsabilidad si se produce un error, ni tampoco porque los miembros de la OTAN asuman normalmente la responsabilidad individual, o porque, en otras ocasiones, la Organización como tal la haya asumido. Estas paradojas no sólo nos recuerdan que los internacionalistas deben tener en cuenta que la variedad de organizaciones internacionales obliga a no aplicar normas generales sobre responsabilidad, y también a entender que la personalidad jurídica internacional no sólo puede basarse en parámetros de responsabilidad. Los enfoques simplistas en blanco y negro de la responsabilidad de las organizaciones internacionales sólo pueden conducir a fantasías legales y, finalmente, «matar» la aplicabilidad total del enfoque funcional necesario que inspira a las organizaciones internacionales y, lo que es más importante, el apetito de las naciones a participar en las instituciones legítimas internacionales.

131 VIGNES, D. H. «La Personnalité Juridique de l'O.T.A.N.», 1 *Annuaire français de droit international*, 1955, pp. 471–475; DUPUY, R. J., *op. cit.*, p. 534; and GAZZINI, T. «NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992-1999)», *European Journal of International Law*, Vol 12 N.º 3, 2001, p. 423.

132 *Legality of Use of Force*, International Court of Justice, Public sittings, <www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=25&case=105&code=ybe&p3=2>, 1 de diciembre de 2015. (Serbia y Montenegro contra Bélgica). Véase también *Behrami contra Francia*, y *Saramati contra Francia, Alemania y Noruega*, <[hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-80830#{"itemid":\["001-80830"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-80830#{)>, 29 de noviembre de 2015.

Sobre este punto es interesante referirse a lo expuesto por la Comisión de Venecia: «En cuanto a las solicitudes de presuntas violaciones de los derechos humanos resultantes de acciones o fracasos cometidos por las tropas de la KFOR, la cuestión es muy compleja. La KFOR, a diferencia de la UNMIK, no es una misión de mantenimiento de la paz de la ONU. Por lo tanto, aunque la KFOR deriva su mandato de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, no es un órgano subsidiario de las Naciones Unidas. Sus actos no son atribuidos en derecho internacional a las Naciones Unidas como persona jurídica internacional. Esto incluye posibles violaciones de los derechos humanos cometidas por las tropas de la KFOR. Es más difícil determinar si los actos de las tropas de la KFOR deben atribuirse a la persona jurídica internacional de la OTAN (en cuyo caso no puede establecerse la jurisdicción del CEDH contra el acto impugnado) o si deben atribuirse a su país de origen (lo que significa que la jurisdicción del CEDH podría establecerse si el Estado cuyas tropas actuaron es miembro del Consejo de Europa). No todos los actos de las tropas de la KFOR que se producen en el transcurso de una operación "bajo el mando y control unificados" (párrafo 2 del anexo 2 de la Resolución 1244 de la ONU) de un comandante de la OTAN deben atribuirse en derecho internacional a la OTAN, pero pueden también se atribuyen a su país de origen ... Por lo tanto, los actos de las tropas en el contexto de una operación dirigida por la OTAN no pueden atribuirse simplemente a la OTAN o a los Estados que aportan contingentes. Incluso puede haber casos intermedios difíciles, como cuando los soldados están actuando sobre las órdenes específicas de sus comandantes nacionales, los cuales son, sin embargo, ellos mismos parcialmente en ejecución de las directivas emitidas por el comandante de la KFOR y en parte dentro del ejercicio de su margen de discrecionalidad restante». *Opinion 280/2004 on Human Rights in Kosovo: Possible Establishment of Review Mechanisms*, adopted by the Venice Commission on 8 – 9 Oct. 2004, CDL-AD (2004) 033, para. 79, <[www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2004\)033-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2004)033-e)>, 6 de diciembre de 2015.

1.3. Personalidad jurídica en el plano doméstico

Las organizaciones internacionales desde el punto de vista jurídico operan no sólo en el plano internacional o en su propio ordenamiento jurídico, sino también dentro del orden jurídico de los Estados. La personalidad jurídica en virtud del derecho interno es un requisito, que permite que la organización internacional funcione dentro del ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Esto es indispensable para el funcionamiento cotidiano de las organizaciones internacionales, que inevitablemente tienen que «entrar en innumerables transacciones regidas por el derecho interno de los diferentes Estados que son incidentales a sus operaciones»¹³³. Esto sería análogo al *ius gestionis* de un Estado extranjero en el territorio de otro Estado. Sin embargo, como veremos más abajo, la inspiración funcional de las organizaciones internacionales hace que las consecuencias jurídicas negativas de acciones tomadas en los que sería un *ius gestionis* de un Estado, no le serían de aplicación. Verhoeven sostiene, de manera un poco malabarista, que, como la personalidad jurídica es relativa¹³⁴, es normal que una organización no sea reconocida en el derecho interno aunque tenga claramente personalidad jurídica internacional o, a contrario, sea reconocida en el derecho interno de un Estado y carezca de personalidad jurídica internacional.

«Il peut même se comprendre que l'organisation dont l'existence ne repose internationalement que sur des engagements politiques trouve exceptionnellement une consécration juridique du fait de la personnalité autonome qui lui est accordée dans l'ordre interne de États intéressés»¹³⁵.

Al igual que la personalidad jurídica internacional, la personalidad jurídica interna es dada a veces por la «estructura constitucional» de la organización, como es el caso de la OTAN, y otras por la legislación del Estado en que se llevan a cabo las operaciones. En este último caso, la Comisión de Derecho Internacional sostiene que es el asunto principal el que afecta al reconocimiento de la personalidad jurídica en virtud del derecho interno o de normas internacionales no escritas y, por lo tanto, entra en el ámbito del derecho internacional privado»¹³⁶. Puesto que sabemos que «la personalidad sola no es (y no puede ser) decisiva, proporciona, al menos, un indicio de lo

133 JENKS, W. *The Headquarters of International Institutions, a Study of their Location and Status*. London: Royal Institute of International Affairs 1945, p. 39.

134 [Ni el término «Estado» ni aquél de «de personalidad jurídica es ambiguo». AUFRICT, H. «Personality in International Law», *The American Political Science Review* XXXVII, N. 2, 1943, p. 217.

135 VERHOEVEN, J. *Droit International Public*. Bruxelles: Larcier 2000, p. 260.

136 ARANGIO-RUIZ, in [1985] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 291, para. 18, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1985_v1.pdf&lang=EFSRA>, 24 de octubre de 2015.

que los redactores pudieron haber tenido en mente», además, podemos afirmar que en realidad en el derecho interno es «un atributo esencial del poseedor de privilegios e inmunidades»¹³⁷.

Actuar en el orden jurídico de un Estado miembro no convierte a una organización internacional en un simple sujeto de ese ordenamiento jurídico, ya que no es posible que ese Estado haga caso omiso de las excepciones creadas por la «estructura constitucional» de esa organización. Dupuy y Kerbrat sostienen que esto plantea dos problemas jurídicos¹³⁸. En primer lugar, la aplicabilidad del *principe de l'autonomie de la volonté*, donde las partes en un contrato pueden elegir la ley aplicable. En segundo lugar, la jurisdicción y la ley aplicable, que después de haber agotado varios medios como la mediación, las partes pueden elegir arbitraje¹³⁹, y el derecho específico¹⁴⁰; si bien es inevitable que ciertos casos terminen en tribunales nacionales¹⁴¹.

137 BEKKER, *op. cit.*, p. 61. Véase ARANGIO-RUIZ, in [1985] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 291, para. 17, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1985_v1.pdf&lang=EFSRA>, 24 de octubre de 2015. Véase VANDERSCHUREN, J. «De quelques considérations sur les immunités octroyées aux organisations internationales». *Larcier Journal des Tribunaux*, 9 – N. 6553, 2014, p. 146.

138 DUPUY P. M. y KERBRAT, *op. cit.*, p. 200.

139 «El arbitraje es el último recurso. El arbitraje, al igual que los litigios judiciales, es lento y costoso. En el arbitraje, las partes acuerdan someter su disputa a un panel de personas que aplicarán las mismas leyes que habrían sido aplicadas por los tribunales ordinarios. Sin embargo, los árbitros pueden utilizar procedimientos simplificados, llevar a cabo el arbitraje en el idioma de elección de las partes y no necesitan ser jueces o incluso abogados. Nadie puede estar completamente seguro de su resultado. Raramente resulta en una resolución verdaderamente satisfactoria de una disputa, y relaciones comerciales. Por estas razones, se debe evitar, si es posible. Uno de los objetivos del personal responsable debe ser resolver disputas sin arbitraje siempre que sea posible. Se tratará de resolver las controversias mediante la negociación, incluida la mediación o la conciliación, que a veces puede considerarse como una etapa menos formal antes del arbitraje formal». North Atlantic Treaty Organization, «NATO International Staff Procurement Manual», 2011, p. 173.

140 En los organismos de la OTAN que ejercen arbitraje de contratación siempre se elige, aunque la legislación aplicable varía, que puede ser de una nación específica o el orden jurídico de la organización internacional. El principal organismo contratante de la OTAN, la Agencia de Apoyo y Adquisiciones de la OTAN, especifica en sus contratos la ley francesa, <www.nspa.nato.int/PDF/Procurement/GP_FP_Services_e.pdf>, 30 de noviembre de 2015. Véase VERWILGHEN, M. «La 58e session de l'Institut de Droit International», Oslo, 30 août - 8 de septembre de 1977:

«Article 2. – 1) Afin de faciliter le règlement des difficultés pouvant survenir au sujet des contrats considérés, il est souhaitable que les parties désignent expressément les sources, nationales ou internationales, d'où découle le droit applicable.

/.../

Article 6. – Dans la mesure où le droit applicable est le droit de l'organisation, ce droit s'entend de l'acte constitutif, des autres règles régissant l'organisation et de la pratique établie par elle, ces sources étant complétées par les principes généraux du droit».

141 En las Naciones Unidas, el recurso al arbitraje es también un último recurso, solo en «muy pocos casos relativos a los contratos comerciales a los que las Naciones Unidas son demandantes, las cuestiones más frecuentes son la capacidad de la Organización para iniciar un procedimiento». United Nations Juridical Yearbook 1976, Part Two, p. 170, <www.un.org/law/UNJuridicalYearbook/>, 29 de noviembre de 2015. En la OTAN, SHAPE ha recurrido a acciones judiciales para recuperar del salario pagado por una compañía de seguros para civiles internacionales heridos en accidentes de tráfico.

A la vista de lo anterior, parece necesario que las organizaciones internacionales cuenten con una personalidad jurídica funcional tanto en el plano internacional como en el nacional; otras opciones no son aceptables desde un punto de vista de la necesidad funcional y de la independencia con la que las organizaciones internacionales deben operar con respecto de sus constituyentes. La razón es que si la mera existencia de la organización no se considera como la base para su reconocimiento como actor dentro del orden jurídico de un Estado miembro, eso equivale a despojar a la organización de los medios necesarios para cumplir sus funciones y propósitos de acuerdo con sus instrumentos fundacionales y operativos dotados por sus fundadores. Verhoeven sostiene que en la práctica internacional los Estados no cuestionan el derecho en el que se enmarca una organización internacional de la cual son miembros y que tiene personalidad jurídica internacional¹⁴².

En efecto, una iniciativa legislativa reciente en España muestra cómo los Estados están dispuestos a legislar a favor del reconocimiento de las organizaciones internacionales como sujetos de derecho dentro de su ordenamiento jurídico. España ha promulgado recientemente una nueva ley sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, sedes de organizaciones internacionales en España, sobre y reuniones y conferencias internacionales celebradas en España. Así pues, el artículo 34 de dicha ley se extiende, por razones puramente funcionales, «respecto a toda actuación vinculada al cumplimiento de sus funciones»¹⁴³, a organizaciones internacionales con sede en España sin un acuerdo internacional aplicable. Por otra parte, el artículo niega esas inmunidades en los procedimientos de derecho privado o en el derecho laboral en ausencia de una «estructura constitucional». Por último, la inmunidad no es aplicable en caso de accidentes de tránsito. La ley al negar la inmunidad en ciertos casos, reafirma que las organizaciones internacionales serán capaces, en realidad obligadas, de actuar dentro del ordenamiento jurídico español. Con esta ley, España amplía unilateralmente el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad a las organizaciones internacionales con sede en su territorio, incluso si carecen de un acuerdo internacional adecuado. La razón expuesta por España se basa en obligaciones derivadas de la ley consuetudinaria internacional y en lagunas en el régimen de inmunidades internacionales¹⁴⁴.

Véase JOHNSON, M. «NATO Military Headquarters», in D. Fleck (ed.), *The Handbook of The Law of Visiting Forces*, 2001, p. 309.

142 VERHOEVEN, J. *Droit International Public*. Bruxelles: Larcier, 2000, p. 260. Véase BEKKER, *op. cit.*, p. 62.

143 *Boletín Oficial del Estado*, N. 258, 28 octubre 2015, p. 101313, <www.boe.es/boe/dias/2015/10/28/pdfs/BOE-A-2015-11545.pdf>, 30 de noviembre de 2015. Nótese que es una ley orgánica.

144 *Boletín Oficial del Estado*, N. 258, 28 de octubre de 2015, p. 101301, <www.boe.es/boe/dias/2015/10/28/pdfs/BOE-A-2015-11545.pdf>, 30 de noviembre de 2015.

Vale la pena citar el caso de la Asamblea Parlamentaria de la OTAN, de la que Verhoeven nos recuerda que es una organización «incrustada» de hecho en la OTAN desde 1954, pero no es la OTAN. Este hecho incitó a los legisladores belgas a conferir a la Asamblea un *régime qui s'inspire de la Convention d'Ottawa du 20 septembre 1951 sur le statut de l'OTAN*¹⁴⁵.

El artículo 1 del «régimen» confiere a la Asamblea personalidad y capacidad jurídica. Es interesante notar que la ley fue actualizada por una nueva *proposition de loi* en 2001, que recordaba los motivos argumenta en 1974: *visait à institutionnaliser un organisme officieux ... Le gouvernement est favorable à l'attribution de la personnalité juridique, laquelle facilitera le fonctionnement de l'Assemblée. Il s'agit là d'une obligation morale, et non formelle.*

Bekker recuerda el argumento de Schermer sobre que la personalidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no miembros se concede normalmente: a) porque el Estado reconoce la personalidad jurídica internacional e interna de una organización internacional basada en el derecho internacional público; o b) porque la organización se ha establecido aplicando las normas de derecho internacional privado¹⁴⁶. El caso de España se sitúa claramente en el primer motivo de reconocimiento de la personalidad jurídica interna. Sin embargo, el caso de la Asamblea Parlamentaria de la OTAN no encuentra espacio en ninguna de las opciones anteriores. En realidad, Bélgica creó una nueva razón, es decir, que tiene lugar cuando un grupo de Estados crea *de facto* la organización y el presupuesto para sus operaciones, en ese momento, el Estado donde la organización tiene sus sede [que es uno de los Estados miembros] desarrolla una obligación moral de proporcionar personalidad y capacidad jurídica interna.

¿Cómo es la situación de la personalidad jurídica interna de la OTAN dentro del ordenamiento jurídico de sus Estados miembros? La personalidad jurídica de la OTAN en el plano interno de los Estados miembros comenzó a existir desde el mismo momento en que la incipiente institución, el Consejo, comenzó a trabajar en nombre de estos Estados. El 18 de noviembre de 1949, en Washington, en la segunda sesión del Consejo, se aprobó la creación de dos nuevos órganos, el Comité Económico y Financiero de Defensa, y un Consejo de Producción y Abastecimiento Militar. Ambos órganos tenían facultades no sólo para planificar los aspectos financieros y económicos de los recursos, sino también

145 *Sénat de Belgique* law of 14 August 1974, p. 2, <www.senate.be/lexdocs/S0640/S06401048.pdf>, 30 de noviembre de 2015. (nótese que enlace del Ministerio de Asuntos Exteriores de Bélgica solo contiene la *proposition de loi* y no con la propia ley <iscus.fgov.be/interfzfznl/fr/international/accords/siege.htm>, 28 de noviembre de 2015).

146 BEKKER, *op. cit.*, p. 63. Véase SCHERMERS y BLOKKER, *op. cit.*, p. 1025, Véase SINCLAIR en [1985] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 289, para. 3, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1985_v1.pdf&lang=EFSRA>, 24 de noviembre de 2015.

para «recomendar acuerdos financieros para la ejecución de los planes militares de defensa»¹⁴⁷. En este contexto de planificación, los Estados miembros y sus órganos de la OTAN se prepararon para una miríada de intercambios de todo tipo de recursos. Esto, a su vez, requería necesariamente de una interacción de esos órganos en los diferentes ordenamientos jurídicos internos de los constituyentes del Tratado. Es necesario señalar el hecho de que inicialmente, las instituciones incipientes de la OTAN, formadas por el Consejo y sus órganos subsidiarios, contaban con sus propios presupuestos¹⁴⁸; dichos presupuestos se utilizaron parcialmente en actividades de vida y funcionamiento en el territorio en el que se encontraban [temporalmente] las fuerzas OTAN¹⁴⁹. Esto nos indica que, mucho antes de que entrara en vigor el Convenio de Ottawa y el Protocolo de París, la OTAN existía y tenía personalidad jurídica funcional en el plano doméstico para permitir a sus órganos desempeñar la misión dada por sus miembros.

La «positivización» de la personalidad jurídica en el plano doméstico de la OTAN tuvo lugar más tarde, de hecho fue en el artículo IV del Convenio de Ottawa y en los artículos 10 y 11 del Protocolo de París. Bekker aboga por el estrecho vínculo entre la noción de capacidad y la de la personalidad cuando operan en los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁵⁰. En realidad, la personalidad jurídica interna de una organización internacional es difícil de entender sin pasar por la capacidad de la institución. Esto es lo que sucedió durante las negociaciones del artículo IV del Convenio de Ottawa. Las delegaciones llegaron a un entendimiento común sobre la ley aplicable a la OTAN, que llegó a confirmar que sus respectivas leyes nacionales reconocerían la OTAN, lo que sólo puede entenderse ya que también afirmaron que la personalidad jurídica de la OTAN en el plano interno existía en virtud del derecho internacional público¹⁵¹.

Si bien los argumentos anteriores son también válidos para SHAPE, los artículos 10 y 11 del Protocolo de París incorporan referencias a la posibilidad de que el

147 North Atlantic Treaty. «Final Communiqué of the first Session of the North Atlantic Council - (Creation of Economic and Financial Agencies)», <www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17117.htm?>, 28 de noviembre de 2015. Véase NATO Reorganization Communiqué <www.nato.int/docu/pr/1951/p510503e.htm>, 30 de noviembre de 2015.

148 ISMAY, H. *NATO the First Five Years 1949-1954*. Utrecht: Bosch-Utrecht 1954, pp. 25-26. Véase North Atlantic Treaty Organization, «Provision of Budget for SHAPE», <archives.nato.int/uploads/r/null/1/1/119539/SGM-0030-51_ENG_PDP.pdf>, 30 de noviembre de 2015. Nótese que SHAPE comenzó a operar como un órgano común bien antes de tener un marco jurídico con un pequeño grupo de personas y un exiguo presupuesto. Véase el Report of the Budget Committee de julio de 1951, <archives.nato.int/uploads/r/null/3/1/31732/D-D_51_183_ENG.pdf>, 30 de noviembre de 2015.

149 SHAPE en el Hotel Astoria. Véase SHAPE and Allied Command Europe, 1951-1971, p. 25, <archives.nato.int/shape-and-allied-command-europe-1951-1971-twenty-years-in-service-of-peace-and-security;isad>, 1 de diciembre de 2015.

150 BEKKER, *op. cit.*, p. 71.

151 Véase SNEE, *op. cit.* paras. 9-10, p. 187.

Estado receptor actúe en nombre del cuartel general militar internacional en la celebración de contratos, adquisición o disposición de bienes o en acciones en los tribunales. Esto demuestra recientemente que los mandantes de la OTAN aceptaron que [la organización y sus órganos subsidiarios] el Cuartel General Supremo interactuaría en sus ordenamientos jurídicos internos, lo que necesariamente confirma la personalidad jurídica de la OTAN en el plano doméstico y en virtud del derecho internacional. Por otro lado, la polémica¹⁵² que existe sobre el artículo II del SOFA OTAN, que queda incorporado por referencia en el artículo 3.2 del Protocolo de París, y que establece el respeto del derecho interno de Estado receptor por parte del Cuartel General Supremo, es otra manera de confirmar que los órganos comunes de la OTAN tienen personalidad y capacidad jurídicas en el plano doméstico de los Estados miembros de la OTAN. Y, desde el momento, en el que el PfP SOFA incorpora por referencia todas las disposiciones del SOFA OTAN, los miembros de la Asociación para la Paz también reconocen tal personalidad y capacidad jurídicas.

2. La capacidad jurídica

La personalidad jurídica se refiere a «qué es la entidad»¹⁵³, esto es, al reconocimiento de una organización internacional como sujeto del derecho internacional, pero esta unidad taxonómica no es suficiente para entender el status jurídico, «genera». Por otro lado, su análisis requiere la búsqueda de una nueva «especie», la capacidad jurídica, que es quien informa del aspecto operacional o dinámico del status jurídico¹⁵⁴. Esto es «lo que la entidad está potencialmente autorizada a hacer»¹⁵⁵.

La capacidad jurídica de cada organización internacional varía, y esto depende de las funciones de la entidad bajo estudio. En realidad, ser capaz de hacer no es igual a tener capacidad para hacerlo. Si bien las organizaciones internacionales tendrán capacidades internacionales y nacionales, la posibilidad para hacer esto o aquello dependerá enteramente del ordenamiento jurídico interno de la organización.

152 Sobre la naturaleza del artículo II véase LAZAREFF, S. «Status of Military Forces under current International Law». Leyden: A. W. Sijthoff 1971, p. 101, Véase MUNOZ MOSQUERA, A. B. «Respect versus Obey: When the longstanding debate needs to be seen under the Receiving State's International Law Obligations», 2012, *NATO Legal Gazette*, 29, p. 29, <www.ismllw.org/nato%20legal%20gazette/legal%20gazetteissueno%2029.pdf>, 1 de diciembre de 2015.

153 BEKKER, *op. cit.*, p. 55.

154 *Ibidem*, p. 63.

155 *Ibidem*.

Cada organización tiene un régimen diferente (estructura constitucional) que, por lo general, incluye a sus órganos subsidiarios¹⁵⁶. Por lo tanto, la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales debe buscarse a la luz de la necesidad funcional y ser determinada la citada estructura constitucional. Las necesidades de las organizaciones internacionales, aunque no son las de los Estados, pueden ser similares a las suyas, es decir que pueden requerir operar tanto en el ámbito internacional como en el doméstico. Así pues, las organizaciones internacionales en el plano internacional podrían tener la capacidad de celebrar acuerdos internacionales en todas sus categorías, mientras que en el plano del ordenamiento jurídico interno serían capaces de adquirir y disponer de bienes.

2.1. En el plano del derecho internacional

Las organizaciones internacionales, como sujetos de derecho internacional, requieren actuar en el plano del derecho internacional público. La interacción con otros sujetos de derecho internacional -Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales o corporaciones multinacionales, e incluso personas físicas- les hace desarrollar diferentes capacidades frente a cuestiones relacionadas con su funcionamiento en tal ámbito. Esas cuestiones pueden abarcar tantos campos diferentes como la organización internacional específica requiera para llevar a cabo la misión encomendada por sus constituyentes en forma de «capacidad». Esos campos, basados en esa capacidad, pueden incluir, entre otros, la presentación de reclamaciones, la celebración de tratados y el establecimiento de relaciones diplomáticas¹⁵⁷. En el caso de la OTAN, esto puede ampliarse para ejecutar mandatos de las Naciones Unidas relacionados con operaciones de apoyo del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

No todas estas capacidades deben ser ejercidas por una organización internacional para considerar que tiene capacidad jurídica internacional. Por ejemplo, las reclamaciones internacionales presentadas por las Naciones Unidas podrían ser de naturaleza diferente de las que pueden tener lugar en [el contexto de] la OTAN. En la OTAN, no se está autorizado el solicitar opiniones al Tribunal Internacional de Justicia, en realidad el Consejo cubre esa función. Los mandantes de la OTAN consideran que a la vista de «los términos de los acuerdos pertinentes, corresponde normalmente y en última instancia

156 La idea que se desarrolla en este párrafo se ha tomado de Díaz González, in [1989] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 155, para. 16 (9), UN Doc. A/CN.4/424 and Corre.1, <legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_424.pdf>, 3 de diciembre de 2015.

157 [L]'importance de l'activité juridique des organisations sur le plan international: conclusion d'accords, envoi de représentations paradiplomatiques, rapports structures. DUPUY, R. J. op. cit., p. 531.

al Consejo del Atlántico Norte tratar de resolver las diferencias entre los Estados miembros». Sin embargo, nada impide que los constituyentes [no las instituciones de la OTAN] se dirijan al Tribunal «para someterse voluntariamente a un procedimiento para un arreglo pacífico en la línea de los procedimientos adoptados por los Estados Americanos, quien se declaró sin jurisdicción para oír la controversia, o bien de aceptar un procedimiento recomendado por el Consejo del Atlántico Norte»¹⁵⁸. En la historia de la OTAN nada indica que la organización, como tal, haya presentado reclamaciones internacionales, lo cual no disminuye su capacidad jurídica internacional, como podremos ver a continuación.

La OTAN concluye tratados y otros acuerdos internacionales¹⁵⁹ con miembros y no miembros de la OTAN, así como con organizaciones internacionales. Tanto la Organización, representada por el secretario general, como los cuarteles generales supremos, representados por los comandantes supremos, ejercen capacidades jurídicas internacionales establecidas en el artículo XXV del Convenio de Ottawa y en el artículo 16 del Protocolo de París¹⁶⁰

158 North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives, «Note on Procedures for the Pacific Settlement of Disputes within various International Organizations», p. 8.

<archives.nato.int/uploads/r/null/3/0/30660/CT-D_6_ENG.pdf>, 2 de diciembre de 2015. Véase en la página 3 la referencia al procedimiento de la Organización de los Estados Americanos: «El pacto se refiere específicamente al párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y reconoce como obligatoria la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de carácter jurídico (por ejemplo, la interpretación de un tratado, existencia de cualquier hecho que, si se estableciera, constituiría el incumplimiento de una obligación internacional, la naturaleza o el alcance de la reparación que se debe hacer por el incumplimiento de una obligación internacional)».

159 North Atlantic Treaty Organization. Security Agreements for exchange of classified material (<www.nato.int/cps/en/natohq/news_18727.htm?>, 20 de noviembre de 2015). Host Nation Support Memoranda of Understanding, <www.aco.nato.int/finland-and-sweden-signing-a-memorandum-of-understanding-with-nato-for-operational-and-logistic-support>, 20 de noviembre de 2015. Véase North Atlantic Treaty Organization Standardization Office, «Allied Joint Doctrine for Host Nation Support», <nso.nato.int/nso/zPublic/ap/ajp-4.5%20edb%20v1%20e.pdf>, paras. 0124-0125, 5 de diciembre de 2015. Véase «the Participation and Financial Agreements for becoming a troop-contributing-nation in NATO-led operations», <www.nato.int/cps/en/natohq/news_24997.htm?selectedLocale=en>, 22 de noviembre de 2015. Véase los acuerdos Berlin Plus de 16 de diciembre de 2002 y otros acuerdos de 17 de marzo de 2003 en North Atlantic Treaty Organization, «NATO-EU Strategic Partnership», pp. 3-4. <www.nato.int/docu/comm/2004/06-istanbul/press-kit/006.pdf>, 5 de diciembre de 2015, y en REICHARD, M. *The EU-NATO Relationship: A Legal and Political Perspective*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2006, pp. 273-310. Véase el Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security between NATO and the Russian Federation signed in Paris, France on 27 May 1997 (sin vinculación jurídica), <www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_25468.htm>, 5 de diciembre de 2015. «La personalidad internacional de la organización internacional, es decir, de las organizaciones de Estados, se está reconociendo en general. La capacidad de celebrar tratados es tanto un corolario de la personalidad internacional como una condición para el efectivo cumplimiento de sus funciones, siendo parte de las organizaciones internacionales». Véase LAUTERPATCH, H. in [1953] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 100, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.1, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1953_v2.pdf&lang=E7>, 7 de diciembre de 2015.

160 North Atlantic Treaty Organization. NATO archives. «Agreement between France and SHAPE on the special conditions applicable to the establishment and operation on French metropolitan territory of the Supreme

respectivamente. Estos dos artículos se refieren a la conclusión de acuerdos complementarios con los Estados de la OTAN y con respecto a la modificación de esos acuerdos. En cuanto a los acuerdos con países no pertenecientes a la OTAN y con organizaciones internacionales, debemos referirnos a las «reglas de la organización», que complementan la «estructura constitucional» de la OTAN y han sido hechas principalmente por decisiones del Consejo durante las cumbres, en los conceptos estratégicos de la OTAN¹⁶¹, así como en las decisiones que el Consejo y sus órganos subsidiarios toman en su quehacer diario.

Sobre la cuestión de las relaciones diplomáticas de la OTAN, la Organización las ha establecido de una manera muy «elegante» sin necesidad de entrar en polémicas de establecimiento de sedes diplomáticas o consulares. Debido a la necesidad de mantener la política de asociación de la OTAN desde principios de los años 90, la OTAN ha creado en las embajadas de los Estados miembro de la OTAN, «puntos de contacto». Estos no son misiones diplomáticas y su objetivo no es otro que el de «apoyar las actividades de asociación y diplomacia pública de la Alianza»¹⁶². Es cierto que la Oficina de Enlace Militar de la OTAN en Belgrado puede considerarse una excepción ya que se estableció con el personal de la OTAN y civiles contratados localmente con el fin de apoyar al Grupo de Reforma de Defensa de la OTAN de Serbia desde diciembre de 2006 para contribuir a la reforma de las fuerzas armadas de Serbia¹⁶³. Otra misión diplomática *sui generis* es la oficina de enlace de la OTAN en Djibouti con el fin de reforzar la cooperación antipiratería¹⁶⁴.

La complejidad de los desafíos de seguridad y defensa requiere también establecer relaciones diplomáticas con organizaciones internacionales, de esta manera, la OTAN inauguró este requisito con «la organización internacional».

Headquarters Allied Powers Europe and its Subordinate Allied Headquarters», <archives.nato.int/uploads/r/null/9/9/99936/IPT_153_6_INFO_ENG_PDP.pdf>, 6 de diciembre de 2015. Véase el «Agreement Between the United States of America and the Headquarters SACLANT regarding the Headquarters of the Supreme Allied Commander of the Atlantic», <archives.nato.int/uploads/r/null/3/7/37424/RDC_55_16_ENG.pdf>, 6 de diciembre de 2015.

161 «La OTAN también procedió a profundizar sus relaciones con los socios y, de esta manera, aceleró su transformación para el desarrollo de nuevas relaciones políticas». North Atlantic Treaty Organization. «NATO Strategic Concepts», <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_56626.htm#>, 6 de diciembre de 2015. Nótese que los Security Agreements, Participation and Financial Agreements, Transit Agreements se concluyen con Estados no pertenecientes a la OTAN, un ejemplo ilustrativo es el Colombia-NATO Security Agreement de junio de 2013, <www.nato.int/cps/en/natolive/news_108117.htm>, 6 de diciembre de 2015.

162 North Atlantic Treaty Organization, «NATO's relations with the United Nations», <www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2015_07/150713-cpe-2015-2016.pdf>, 6 de diciembre de 2015.

163 North Atlantic Treaty Organization, «NATO opens Military Liaison Office in Belgrade», <www.nato.int/cps/en/natohq/news_22054.htm?selectedLocale=en>, 6 de diciembre de 2015.

164 North Atlantic Treaty Organization, «NATO and the Republic of Djibouti consolidate their cooperation», <www.nato.int/cps/en/natohq/news_118880.htm?selectedLocale=en>, 5 de diciembre de 2015.

«En 2010, tras la firma de la Declaración de Cooperación de 2008 entre la ONU y la OTAN, la OTAN reforzó sus mecanismos de enlace estableciendo el puesto de Oficial de Enlace Civil de la OTAN ante las Naciones Unidas, además de un Oficial de Enlace Militar establecido en 1999. Esta cooperación reforzada es una parte integral de la contribución de la OTAN a un enfoque integral para la gestión de crisis y de operaciones»¹⁶⁵.

En el caso de la Unión Europea, las relaciones con la OTAN pueden observarse en el apoyo de la OTAN a la Unión y en cómo las dos organizaciones comparten un mismo puesto para operaciones comunes.

«La OTAN apoyó a la UE el planeamiento estratégico, operacional y táctico. La EU-Operation Headquarters (OHQ) se estableció en SHAPE, Mons, Bélgica, con el fin de apoyar al comandante de la Operación [que es el segundo jefe de SHAPE (DSACEUR)]. Además, existe un “EU Command Element” (EUCE) en AFSOUTH, Nápoles, Italia (hoy es el NATO Joint Force command para las operaciones en los Balcanes). El jefe del Estado Mayor de AFSOUTH devino el jefe del Estado Mayor del nuevo EU Command Element, apoyado por el director de Operaciones de la UE»¹⁶⁶.

El 8 de mayo de 2014, la Unión Africana concluyó un acuerdo con la OTAN para formalizar el estatuto de la oficina de enlace de la OTAN ante el Cuartel General de la Unión Africana en Addis Ababa.

«La conclusión de este acuerdo técnico facilitará una mayor cooperación entre ambas organizaciones en áreas de interés mutuo, tales como: transporte aéreo y marítimo estratégico, interoperabilidad de las fuerzas multinacionales, capacitación individual, planificación de ejercicios y la preparación de lecciones aprendidas durante las operaciones. Este acuerdo también permitirá examinar cómo compartir experiencias en la aplicación de iniciativas de las Naciones Unidas en cuestiones relativas a las mujeres, la paz y la seguridad, así como a las que afectan a los niños y los conflictos armados»¹⁶⁷.

165 North Atlantic Treaty Organization, «Allied contact point embassies (01.01.2015 - 31.12.2016)», <www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2015_07/150713-cpe-2015-2016.pdf>, 5 de diciembre de 2015. Véase «Contact Point Embassies in partner countries Helping NATO to work closely with its Partners», <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_50321.htm#>, 6 de diciembre de 2015.

166 North Atlantic Treaty Organization, «NATO-EU Strategic Partnership», pp. 3-4. <www.nato.int/docu/comm/2004/06-istanbul/press-kit/006.pdf>, 5 December 2015. Véase el artículo 13 de la European Union Council Joint Action 2004/570/CFSP de 12 de julio de 2004 sobre la operación militar de la UE en Bosnia y Herzegovina.

167 North Atlantic Treaty Organization, «NATO and the African Union boost their cooperation», <www.nato.int/cps/en/natolive/news_109824.htm>, 6 de diciembre de 2015.

Lo anterior ilustra una faceta del aspecto dinámico del estatus jurídico de la OTAN, es decir, que la capacidad jurídica internacional de la OTAN, basada en las normas internas de la Organización sobre las actividades de asociación y diplomacia pública de la Alianza, permite establecer *représentations paradiplomatiques*¹⁶⁸ en todo el mundo. Esto no obedece a otra cosa que al desarrollo de las funciones de la OTAN que establece su ordenamiento jurídico propio.

Una característica específica de la capacidad jurídica internacional de la OTAN es la de poder ejecutar mandatos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relacionados con operaciones de apoyo para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Esto parece ser una característica que no se comparte con organizaciones regionales como las de África y América, debido a varias razones relacionadas con la capacidad de esas organizaciones¹⁶⁹.

La cuestión de la regionalidad de la OTAN ha despertado cierto debate. Sin embargo, la OTAN no es una organización regional, sino una organización internacional¹⁷⁰ que ha desarrollado un proceso de toma de decisiones institucionalizado¹⁷¹, mecanismos internos para financiar operaciones¹⁷² y un complejo sistema de mando y control¹⁷³. Tiene la capacidad material y jurídica

168 DUPUY, R. J., *op. cit.*, p. 531.

169 «Los casos de organizaciones regionales como la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de la Unión Africana (OUA) y la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) sugieren que las Naciones Unidas no pueden confiar en tal organización ... para aliviar las organizaciones de seguridad regional como la OEA y la OUA deben mejorar sus capacidades de toma de decisiones, fortalecer sus bases financieras y abordar cuestiones clave de mando y control antes de que sean capaces de asumir más de esa carga en su propia. El expediente sugiere, sin embargo, que tales organizaciones pueden operar útilmente en asociación con la ONU en ciertas circunstancias [...] cuando se requiere un componente militar, podría agregarse bajo los auspicios de las Naciones Unidas [...] permitir que ese componente sea extraído del exterior de la región». PAGE FORTNA, V. «Regional Organization and Peacekeeping: Experiences in Latin America and Africa», *The Henry L. Stimson Center*, Occasional Paper n.º 11, 1993, p. iv.

170 «Autoriza a los Estados miembros y a las organizaciones internacionales pertinentes a establecer la presencia internacional de seguridad en Kosovo ... ». United Nations. UNSCR 1244, para. 7, <daccess-ods.un.org/TMP/2624156.77309036.html>, 25 January 2015, (emphasis added). Confirmar que la OTAN no es una organización regional sobre la cuestión del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.» Véase United Nations. United Nations Security Council, Resolution 2167, Document S/RES/2167 (2014), pp. 2-3, <www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2167%282014%29>, 6 de diciembre de 2015.

171 North Atlantic Treaty Organization, «Crisis Management. Crisis decision-making at NATO», <www.nato.int/cps/en/natolive/topics_49192.htm>, 6 de diciembre de 2015.

172 Véase Revised Funding Policy for Non-Article 5 NATO-led Operations, PO(2005)0098, North Atlantic Council, 18 October 2005, in HOMAN, K. «NATO, Common Funding and Peace Support Operations: A comparative perspective», *Road to Transformation Summit, Tartu, Estonia, Baltic Defence College, October 2006*, 20-31, published by Clingendael, Netherlands Institute of International Relations, 2006, p. 28, <www.clingendael.nl/sites/default/files/20061000_cscsp_art_homan.pdf>, 6 de diciembre de 2015.

173 HURA, M.; MCLEOD, G.; SCHNEIDER, J.; GONZALES, D.; NORTON, D. M.; JACOBS, J.; O'CONNELL, K.; LITTLE, W.; MESIC, R.; JAMISON, L., «Command and Control» in *Interoperability: A Continuing Challenge in Coalition Air Operations A Continuing Challenge in Coalition Air Operations*. Santa Monica: RAND 2000, pp. 37-53,

para llevar a cabo operaciones de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Cualquier duda sobre esta cuestión se aclara inmediatamente cuando se tiene en cuenta el principio de necesidad funcional. El TAN está consagrado a los esfuerzos de sus constituyentes por la defensa colectiva y por la preservación de la paz y la seguridad como propósitos y principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas. Por ello, la OTAN sólo puede concebirse si cuenta con capacidad internacional suficiente para poder «hacer» estos principios legítimos y nobles. *Peu importe* si la organización tiene o no personalidad jurídica, ya que la operatividad del estatuto jurídico de una organización internacional depende del ejercicio de la capacidad jurídica en los planos internacional [y nacional]¹⁷⁴.

2.2. En el plano del ordenamiento jurídico interno

El funcionamiento diario de una organización internacional requiere que sus operaciones se lleven a cabo en el territorio de los Estados miembro, y esto debido tanto a las actividades de la organización relacionadas con la sede, o bien debido a que esas actividades se llevan a cabo fuera del Estado anfitrión de la organización¹⁷⁵. La necesidad de que la organización internacional reciba apoyo para sus actividades diarias en el territorio del Estado que acoge su sede, obliga a celebrar contratos, adquirir y disponer de bienes, entablar acciones legales, mantener cuentas bancarias y divisas, gozar de privilegios, inmunidades y derechos fiscales, conducir vehículos, protección de los derechos de autor y emblemas, así como de software y publicaciones, entrar y salir de los Estados de la organización, contratar personal local, adquirir servicios, dirigir centros de educación, y el caso particular de la OTAN, llevar armas, uniformes, matrículas para sus vehículos y patrullar su sede. Todas estas actividades son ejercidas por la capacidad jurídica interna de las organizaciones internacionales en la medida en que sea necesario para cumplir su misión establecida por su «estructura constitucional».

El grupo de trabajo de la OTAN sobre el SOFA redactó la cuestión de la personalidad jurídica interna durante la segunda lectura del Convenio de

174 «Una organización internacional, con independencia de cualquier teoría jurídica, debe operar para cumplir su cometido y cuyos objetivos se han establecido». DÍAZ GONZALEZ, in [1985] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 107, para. 31, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.1 (Part 1), <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1985_v2_p1.pdf&lang=EFSRA>, 16 de noviembre de 2015. La capacidad jurídica interna también ha sido reconocida por los tribunales nacionales, como podemos ver en el caso de *Branno v. Ministry of War*, 22 I.L.R. 756, 757 (It. Cass. 1954) as cited by SHAW, *op. cit.*, p. 942. (nota pie de página 58).

175 PERSONNAZ, J. «Principaux textes intéressant le Droit International Public», 1 *Annuaire français de droit international*, 1955, p. 518, <www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1955_num_1_1_1212>, 26 de octubre de 2015. Véase RUFFERT, M.; WALTER, C., *Institutionalised International Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2015, p. 81.

Ottawa y después de que el representante portugués observara que esto no podía entrar en conflicto con la legislación nacional de cada país y por eso quería incorporar una nueva redacción. Tales argumentos se debían a las disposiciones de la constitución portuguesa, que hacían que la OTAN fuera considerada una entidad de derecho público o una asociación perpetua con fines públicos, lo que a su vez conduciría a restricciones al adquirir bienes inmuebles¹⁷⁶. Sin embargo, la reacción del resto de los representantes fue negar la nueva redacción señalando que la única manera de que la OTAN adquiriera o cediera bienes inmuebles estaba bajo la ley del Estado receptor -*lex res sitæ*- y afirmaba que no «podría haber ninguna ley privada especial para la OTAN»¹⁷⁷. Curiosamente, con este entendimiento común, los miembros de la OTAN llegaron a confirmar que sus respectivas leyes nacionales reconocerían a la OTAN, lo cual sólo puede entenderse si afirman, en virtud del derecho internacional público, la personalidad jurídica interna de la OTAN y su capacidad. En marzo de 1952, Francia propuso que, con respecto a la capacidad jurídica del Cuartel General Supremo se añadiera la frase «en la medida necesaria para el cumplimiento de su misión»¹⁷⁸. El presidente del grupo de trabajo consideró que esas palabras debían omitirse «a la vista de que se le había otorgado al Cuartel General Supremo la capacidad de celebrar contratos ...»¹⁷⁹. La frase también limitaba la OTAN como una organización internacional funcional. Sobre estos particulares, el representante de los Estados Unidos declaró que «el Estado receptor no podía limitar al Cuartel General Supremo en el ejercicio de las funciones que consideras necesarias»¹⁸⁰. La razón no es otra cosa que las funciones y el propósito de una organización internacional están determinados por sus constituyentes y sus órganos comunes y no por el Estado en el que tiene su sede esa organización o sus órganos subsidiarios. Un cuestión interesante es el artículo II del SOFA OTAN¹⁸¹, incorporado por referencia en el artículo 3.2 del Protocolo de París y que establecía el respeto de la ley del Estado receptor por parte del Cuartel General Supremo. Esto es otra manera de confirmar que los miembros de la OTAN han reconocido

176 SNEE, *op. cit.*, para. 8, p. 187.

177 SNEE, *op. cit.*, paras. 9-10, p. 187.

178 NATO document MS-R(52) 5, dated 26 March 1952, en SNEE, *op. cit.*, p. 299.

179 *Ibidem*.

180 *Ibidem*.

181 Sobre la naturaleza del artículo II véase LAZAREFF, *op.cit.*, p. 101; BATSTONE, R., «Respect for the Law of the Receiving State», en D. Fleck (ed.) *The Handbook of The Law of Visiting Forces*, 2001, p. 69; MUNOZ MOSQUERA, A. B., «Respect versus Obey : When the longstanding debate needs to be seen under the Receiving State's International Law Obligations», *NATO Legal Gazette*, 29, 2012, p. 29, <www.ismllw.org/nato%20legal%20gazette/legal%20gazetteissueno%2029.pdf>, 1 de diciembre de 2015. PERSONNAZ, J. «Principaux textes intéressant le Droit International Public», 1 *Annuaire français de droit international*, 1955, p. 518, <www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1955_num_1_1_1212>, 26 de octubre de 2015.

con antelación a ser la sede de un organismo común de la OTAN, que este podrá actuar en su territorio y que interactuará con su ordenamiento jurídico, por lo que la personalidad jurídica interna de la OTAN y su capacidad quedan reconocidas. Sin embargo, esta cuestión del artículo II es de gran importancia con respecto a la necesaria independencia que la OTAN debe tener con respecto de sus Estados anfitriones. Si bien las áreas relacionadas con la jurisdicción penal y disciplinaria están claramente delineadas en el artículo VII del SOFA OTAN, así como las reclamaciones en su artículo VIII, la cuestión de «respetar contra obedecer» tiene un mayor ámbito. La cuestión es saber cuánta soberanía debe ceder el Estado receptor con respecto al control jurídico efectivo sobre los individuos, los materiales y las actividades que la OTAN traiga y desarrolle en su territorio. El concepto de necesidad funcional «viene al rescate» sobre esta cuestión. Las obligaciones internacionales del Estado receptor es el parámetro que informa la aplicabilidad de la legislación nacional en cuanto que esta pueda interferir en la independencia que la OTAN necesita para operar dentro del mandato dado por todos los miembros, entre los que se encuentra el Estado receptor. En todo caso, no puede haber una aplicación exorbitante de la ley del Estado receptor porque, si fuera así, tal aplicación haría, de hecho, nulas y sin efecto las disposiciones del SOFA OTAN¹⁸². Kunz sostiene que «el nuevo desarrollo consiste únicamente en que el tratado básico impone tal obligación [esto es, la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales en virtud del derecho nacional privado] para cada Estado miembro»¹⁸³. En este sentido, cabe señalar que SHAPE concluye MOU de apoyo de la nación anfitriona (HNS)¹⁸⁴, y dado que el concepto de HNS de la OTAN «depende de la cooperación y coordinación entre la OTAN y las autoridades nacionales, [y] del establecimiento de acuerdos HNS basados en el mejor uso de los recursos disponibles de la nación anfitriona»¹⁸⁵, la interacción dentro del ordenamiento jurídico del Estado receptor (o nación anfitriona) es imperativa.

Esta capacidad jurídica doméstica también se aplica a los Estados que no son miembros de la OTAN. SHAPE, por ejemplo, puede contratar bienes y servicios para sus actividades fuera de los territorios de los miembros de la OTAN¹⁸⁶,

182 MUNOZ MOSQUERA, «Respect versus Obey ...», *op. cit.*, p. 38.

183 KUNZ, *op. cit.*, p. 849.

184 North Atlantic Treaty Organization Standardization Office, «Allied Joint Doctrine for Host Nation Support», <nso.nato.int/nso/zPublic/ap/ajp-4.5%20edb%20v1%20e.pdf>, p. 3-1, 5 de diciembre de 2015.

185 *Ibidem*, p. 1-1.

186 «Los esfuerzos en defensa se reforzarán si los cuarteles generales aliados compraran los suministros en el mercado más barato, sin importar si es o no un Estado receptor y, igualmente, sin importar si es o no un Estado miembro de la OTAN». North Atlantic Treaty Organization. NATO Archives. «Purchases by SHAPE from International Funds from non-NATO countries», <archives.nato.int/purchases-by-shape-from-international-funds-from-non-nato-countries;isad>, 24 de noviembre de 2015.

lo que implica necesariamente que tal capacidad jurídica existe. También es cierto, que la obligación convencional de tal capacidad es incuestionable entre los miembros de la OTAN y también entre aquellos miembros de la Asociación para la Paz signatarios del acuerdo de 1997 que incorpora por referencia todas las disposiciones del Protocolo de París, y, sin embargo, fuera de estos Estados, la capacidad existirá, sin bien no en un contexto convencional, sino de práctica, y a su vez, con un cierto relativismo en los mecanismos de protección del SHAPE con respecto a sus privilegios e inmunidades.

Si bien la existencia de personalidad y capacidad jurídicas dentro de la OTAN nos dice que la organización «existe» y «tiene derecho a hacer», respectivamente, debemos también estudiar los derechos y obligaciones que tiene, es decir, lo que está «facultada para hacer». Esta nueva característica del «estatus jurídico» de la OTAN requiere el estudio de sus poderes, es decir, de su competencia.

3. Competencia (poderes)

La cuestión de los poderes¹⁸⁷, de la competencia, se ha percibido, en muchas ocasiones, como una confrontación entre los Estados y otros actores internacionales. Para evitar esta presunción de conflicto, la aproximación adecuada al asunto requiere que los que lo analizan acepten que los Estados tienen más derechos de soberanía que los otros actores. El punto de vista adecuado para abordar esta cuestión es aceptar que «la naturaleza misma del concepto [es] impugnabile y debemos plantear cuestiones sobre su naturaleza»¹⁸⁸. Por esta razón, principalmente, la cuestión de la competencia de las organizaciones internacionales debe explicarse bajo el prisma de la necesidad funcional.

La razón por la cual la atribución de competencia requiere un enfoque funcional es simple. Los derechos y deberes de las organizaciones internacionales, es decir, sus poderes deben ser los necesarios para cumplir las funciones y propósitos para los cuales fueron creadas por sus constituyentes. En el derecho de las organizaciones internacionales, las «competencias» son únicas, ya que son «una herramienta instrumental disponible dentro de una

187 «En la terminología inglesa estas reflexiones giran en torno al concepto de "poder", mientras que el término "competencia" está más cerca del pensamiento jurídico continental. Cualquiera que sea el término utilizado, la cuestión central es permitir a las organizaciones internacionales actuar frente a sus Estados miembros, así como a terceros Estados», RUFFERT y WALTER, *op. cit.*, p. 91.

188 BESSON, S. «Sovereignty in Conflict», 2004, Vol. 8, *European Integration online Papers* 15, Sections 2.1 and footnote 82, <eiop.or.at/eiop/pdf/2004-015.pdf>, 15 de enero de 2016. Nota a pie de página 82. Véase WALDRON, 1994, 529-530 sobre estos dos significados añadidos por el término «esencial» al término controvertido. Véase también FREEDEN, 2003, 53, se refiere a WALDRON, J., 2002, «Is the rule of law an essentially contested concept?», 21 *Law and Philosophy* 137. FREEDEN, M. 2003, *Ideology, A very short introduction*, Oxford: Oxford University Press.

esfera de competencia dada»¹⁸⁹. Estas competencias no son comparables a las de los Estados, la competencia de las organizaciones internacionales debe demostrarse siempre y basarse en fundamentos jurídicos especiales. Ello no es lo mismo que decir que sólo son aplicables las reglas de derecho internacional para determinar las facultades de una organización internacional dada, ya que *des "règles propres" à l'organisation*¹⁹⁰ le son también de aplicación.

Las organizaciones internacionales deben tener poderes suficientemente generales para permitir cierta elasticidad a sus actividades, ya que «normalmente será prudente guiarse por la convicción de que el crecimiento y el cambio son el torrente sanguíneo de la vida»¹⁹¹. En la OTAN, «la transformación, en el sentido amplio del término, es una característica permanente de la Organización», lo que ha hecho que la organización «desde su creación ... revise periódicamente sus tareas y objetivos en vista de la evolución del entorno estratégico»¹⁹².

Es necesario señalar que la competencia, en el derecho internacional institucional, es *sui generis* por naturaleza. Las competencias de cada organización internacional son diferentes, ya que sus objetivos son diferentes y varían de acuerdo a las funciones específicas conferidas por los Estados. Estas funciones pueden evolucionar a lo largo de la vida de las organizaciones y reflejarse en «cualquier acuerdo posterior, reglas internas, prácticas y consideraciones de necesidad funcional relacionadas con la organización en cuestión y que reflejen el carácter individual que le define»¹⁹³. Por esta razón, el acervo de la OTAN, ya descrito anteriormente, debe ser la antorcha que nos guíe en el, a veces oscuro túnel de la investigación, para identificar los derechos y deberes de la OTAN.

El razonamiento anterior nos pone en el camino del porqué la competencia de una organización internacional, es decir sus derechos y deberes, no es una foto fija que sirve para defender postulados constitucionales inamovibles. En realidad, los poderes jurídicos de la organización internacional deben

189 BEKKER, *op. cit.*, p. 78.

190 DUPUY P. M. y KERBRAT, *op. cit.*, p. 213.

191 JENKS, W. «Some Constitutional Problems of International Organizations», 22 *British Year Book International Law* 11/1945, 1945, p. 18.

192 North Atlantic Treaty Organization. «Strategic Concepts», <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_56626.htm>, 8 February 2016. (cursivas añadidas).

193 Bekker se refiere al «marco de competencia» y la dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre *Namibia*, (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of south Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 2767, 1970, Advisory Opinion, 1971*, para. 53), que sostiene que «un instrumento internacional debe interpretarse y aplicarse en el marco de todo el ordenamiento jurídico vigente en el momento de la interpretación». En otras palabras, «este marco refleja la estructura institucional de una organización internacional. Como se ha demostrado, esta estructura va más allá del instrumento constitutivo de la organización, pero permanece dentro del ámbito y el espíritu de los propósitos y funciones que la organización está destinada a perseguir». Bekker también se refiere a Pescatore, en 55 *Annuaire* 214, p. 347 (1973) y Zourek, p. 340, en BEKKER, *op. cit.*, pp. 77 y 84-85.

considerarse desde un punto de vista más amplio de derecho internacional público y del ordenamiento jurídico interno de cada organización internacional y que operan en un entorno en continua evolución y transformación. Estas competencias están formulando y reformulando continuamente las políticas generales de las relaciones internacionales y las particulares de cada organización internacional. Por otra parte, los poderes basados en una metodología legal ofrecen la garantía de un dinamismo adecuado y controlado de la necesaria evolución de los poderes en las organizaciones internacionales. En cualquier caso, estos hechos no aclaran el origen de las competencias de las organizaciones internacionales. Así pues, el estudio clásico de cómo se otorgan poderes a las organizaciones internacionales está entre dos doctrinas: poderes atribuidos y poderes implícitos.

La doctrina de los poderes atribuidos¹⁹⁴ sostiene que «las organizaciones internacionales, y sus órganos, sólo pueden hacer aquellas cosas para las que están facultadas»¹⁹⁵. Por otra parte, la doctrina de los poderes implícitos establece que los poderes se derivan de «las funciones y objetivos de la organización en cuestión»¹⁹⁶. Cabe señalar que la doctrina de los poderes implícitos ha evolucionado por medio tres casos de la jurisprudencia del TIJ. Estos casos han establecido un test para identificar de dónde provienen las competencias¹⁹⁷: a) deben ser esenciales para el cumplimiento de los deberes establecidos constitucionalmente (*Reparations*)¹⁹⁸; b) cumplir con la intención original del instrumento constitutivo (*Effect of Awards*)¹⁹⁹; y c) ser idóneas para el cumplimiento de los propósitos constitucionalmente autorizados para la organización (*Certain Expenses*)²⁰⁰.

3.1. Competencias otorgadas a la OTAN

Con respecto de la competencia, ¿está la OTAN dentro de la doctrina de los poderes atribuidos o los poderes implícitos? Lo primero que debemos preguntarnos es si la OTAN tiene o no algún tipo de competencia. En principio, parece que la OTAN debe tener algún tipo de competencia, puesto que tiene funciones y propósitos, así como órganos para hacer aquéllos efectivos. Una

194 Principio de especialidad.

195 KLABBERS, J. *An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 54.

196 *Ibidem*, p. 60.

197 SHAW, *op. cit.*, p. 1307.

198 *Reparations, op. cit.*

199 *Effect of Awards of Compensation*, hecho por el Tribunal Administrativo de la ONU, ICJ Reports 1954, pp. 47, 56-57

200 *Certain Expenses of the UN*, ICJ Reports, 1962, pp. 151 y 168.

primerísima conclusión sería que la inversión institucional de los constituyentes de la OTAN habría sido un «desperdicio» si no hubieran podido transformar las funciones y propósitos de la estructura constitucional de la Alianza en actos. Durante la redacción del Tratado del Atlántico Norte, el Comité de Embajadores llegó a un acuerdo sobre el significado de ciertas frases y artículos del texto del Tratado del Atlántico Norte. El comentario número 6 de las interpretaciones acordadas del Tratado establece lo siguiente:

«(6) El Consejo, como se afirma específicamente en el artículo 9, está establecido “para examinar cuestiones relativas a la aplicación del Tratado” y está facultado para “crear los órganos subsidiarios que sean necesarios”. Se trata de una definición más amplia que específica de funciones y no tiene por objeto excluir el desempeño a niveles apropiados en la organización de dicha planificación para la aplicación de los artículos 3 y 5 u otras funciones que las partes puedan convenir que sean necesarias»²⁰¹.

De esta manera, los redactores del Tratado recordaron que la competencia, enmarcada esta dentro del concepto de la necesidad funcional, «es más ampli[a] que específic[a]». Además, los poderes incluyen actividades relacionadas con el desarrollo de los artículos 3 y 5 del TAN, como sabemos, artículos clave para la defensa colectiva. Esta interpretación corona el estatus jurídico de la OTAN y confirma la visión de sus mandantes sobre la necesidad de contar con una organización capaz de evolucionar y llevar a cabo «*otras funciones que las Partes puedan acordar que sean necesarias* [cursivas añadidas]»²⁰².

Hay dos ejemplos comentados por Merle que ilustran en la práctica la intención de los redactores del Tratado de otorgar poderes a la institución, y que tal intención ya se percibió como necesaria al comienzo de la institucionalización de la OTAN. Así las cosas, la resolución del Consejo del Atlántico Norte, adoptada para la aplicación de la Sección IV del Acta Final de la Conferencia de Londres el 22 de octubre de 1952, confirmó «que las facultades ejercidas por el comandante supremo aliado en Europa, en tiempo de paz, se extienden no sólo con el fin de organizar una eficaz fuerza integrada de las fuerzas puestas bajo su mando, sino también a su entrenamiento»²⁰³; y la resolución del Consejo de diciembre de 1956 daba autoridad al secretario general para ofrecer «sus buenos oficios a los gobiernos miembros involucrados en una disputa y, con su

201 REID, *op. cit.*, p. 267. Reid hace referencia a la interpretación acordada del Tratado: Foreign Relations of the United State, 1949, Volume IV, pages 222-223, Minutes of the Ambassadors, Committee, March 15, 1949.

202 Todas las citas están en REID, *op. cit.*, p. 267.

203 North Atlantic Treaty Organization. «Resolution adopted by the North Atlantic Council to implement Section IV of the Final Act of the London Conference of 22 October 1952», <www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17409.htm>, 1 de febrero de 2016.

consentimiento, iniciar o facilitar el procedimiento de investigación, mediación, conciliación o arbitraje»²⁰⁴.

Merle sostiene que el Consejo del Atlántico Norte ha emitido resoluciones que han reforzado los poderes de la OTAN²⁰⁵.

«[D]écisions qui impliquent un renforcement des pouvoirs de l'Organisation, c'est-à-dire une restriction à l'une des compétences fondamentales des États; celle qui concerne l'organisation d'un des principaux services publics, l'armée. Or cette mesure est adoptée par l'organe principal de l'institution, sans que les États intéressés pussent faire jouer à son encontre le contrôle que représente la ratification»²⁰⁶.

Estos dos ejemplos y su análisis nos ayudan a profundizar en los vínculos doctrinales de filiación de los poderes de la OTAN. Por lo tanto, si el Consejo del Atlántico Norte, un órgano establecido por el Tratado del Atlántico Norte, estableciera poderes no declarados originalmente, la doctrina de los poderes atribuidos no es aplicable. Esta visión contractualista privaría a la OTAN, y a cualquier otra organización internacional, de las necesarias «hormonas de crecimiento» que requieren las instituciones funcionales, por lo que haría de la organización un ente nulo y sin valor al paso de los años, atrapada por la falta de oxígeno que necesitan las organizaciones internacionales para evolucionar a medida que el medio donde sus actos se aplican evoluciona. La OTAN ha desarrollado instituciones complejas que funcionan con procedimientos bien establecidos en la práctica de las actividades colectivas de sus miembros y que se ajustan a las funciones y propósitos de la organización. Por esta razón, el principio de especialidad ofrece una explicación insatisfactoria, no sólo por lo relativo a los actos realizados por el Consejo del Atlántico Norte, sino también por aquéllos realizados por los órganos subsidiarios de la OTAN con personalidad jurídica, como el Cuartel General Supremo que, entre otras cosas, celebra tratados y otros acuerdos con Estados pertenecientes o no a la OTAN. Así pues, es necesario abandonar este enfoque en nuestra búsqueda de explicar las potencias de la OTAN²⁰⁷.

La otra opción sería afirmar que los poderes de la OTAN están comprendidos en la doctrina de los poderes implícitos. Sin embargo, si esta doctrina fuera

204 *Ibid.*

205 North Atlantic Treaty Organization. «Resolution on the Peaceful Settlement of Disputes and Differences between Members of the North Atlantic Treaty Organization», <www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17482.htm>, 5 de febrero 2016.

206 MERLE, M. «Le pouvoir réglementaire des institutions internationales», 1958, Vol. 4 *Annuaire français de droit international*, p. 348.

207 North Atlantic Treaty Organization. «Host Nation Support Memorandum of Understanding for Exercises and Operations», <www.shape.nato.int/finland-and-sweden-signing-a-memorandum-of-understanding-with-nato-for-operational-and-logistic-support>, 1 de febrero 2016.

aplicable a la OTAN, sería en una versión «Hackworthiana»²⁰⁸. En esta lógica, la OTAN ha desarrollado competencias que no están libremente implícita, sino que lo están de manera limitada a [o inspirados en] la aplicación de las facultades expresamente concedidas. No obstante, el enfoque de Hackworth de la doctrina de los poderes implícitos es válido para la OTAN solo, y solo si aceptamos que los poderes «primarios» no son dados exclusivamente por el Tratado, sino de manera «colegiada» con las «reglas de la organización». Siguiendo el concepto de reglas de la organización de la Comisión de Derecho Internacional, estas incluirían, entre otras, todas las decisiones tomadas por el Consejo del Atlántico Norte a lo largo de los años. El mismo concepto debe aplicarse para poder entender el test sobre poderes implícitos que propone Saw, este test identifica «referencias constitucionales»: a) las obligaciones; b) la intención; y c) los propósitos autorizados para la organización. Las «referencias constitucionales» proveen de una mejor herramienta que la simple observación del instrumento original de la organización. Este concepto del estudio de las obligaciones, intenciones y propósitos se puede observar en la estructura constitucional de la OTAN, que como sabemos no solo está formada por el Tratado del Atlántico Norte²⁰⁹.

3.2. Poderes implícitos de la OTAN

Si estamos de acuerdo en que la competencia de una organización internacional es aquello a lo que está facultada, la institucionalización de la OTAN y la evolución de la organización son ejemplos ilustrativos de los poderes implícitos de la OTAN. El primer ejemplo es el establecimiento de la estructura militar integrada.

«Por lo tanto, la estructura militar puede representarse como un conjunto de órganos subsidiarios y procedimientos establecidos por acuerdos y resoluciones internacionales adoptados por el Consejo en el ejercicio de su autoridad en virtud del Tratado y que representan una “práctica subsiguiente” aceptada unánimemente y reflejan las expectativas compartidas por todas las partes»²¹⁰.

Stein y Carreau describen los actos con efectos jurídicos del Consejo del Atlántico Norte y sus órganos subsidiarios y los clasifican en cuatro categorías, describiendo de manera clara la competencia general de la OTAN:

208 El Juez Judge Hackworth en su voto particular sobre el dictamen del TIP en el caso de *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, advisory opinion, ICJ Reports 174, Hackworth J., dissenting, 1949, p. 198.

209 SHAW, *op. cit.*, p.1307

210 STEIN y CARREAU, *op. cit.*, p. 612.

«1) Las decisiones “internas” relativas a la administración y asignación del trabajo, que derivan su carácter de “obligación jurídica” del poder implícito o inherente de la Organización para ordenar sus asuntos internos.

2) Las decisiones que establezcan normas de conducta para los Estados miembros. Esta categoría comprendería un número limitado de decisiones, tales como algunas partes de la resolución de 22 de octubre de 1954, que definen la autoridad del SACEUR ... [pie de página 129] el Consejo decidió que todas las disputas entre los Estados miembros no resueltas directamente por las partes ... [el Consejo] otorgó al secretario general determinados poderes en este sentido.

3) Las directrices sobre la naturaleza de la recomendación que establezca la dirección para posturas y políticas comunes.

4) Los acuerdos dentro del Consejo y acuerdos entre el Consejo (u órgano subsidiario) y los gobiernos individuales de los Estados miembro»²¹¹.

El Concepto Estratégico de la OTAN sería un ejemplo destacado para mostrar las tareas que la organización ha recibido teniendo en cuenta sus propósitos y funciones. Para la OTAN, el Concepto Estratégico materializa la doctrina de los poderes implícitos tal como se ha descrito anteriormente.

«El Concepto Estratégico de la OTAN es un documento oficial que describe el propósito y la naturaleza permanentes de la OTAN y sus tareas fundamentales de seguridad. También identifica las características centrales del nuevo entorno de seguridad, especifica los elementos del enfoque de la Alianza en materia de seguridad y proporciona directrices para la adaptación de sus fuerzas militares»²¹².

En el periodo comprendido entre la creación de la OTAN en 1949 y el final de la Guerra Fría, la OTAN desarrolló y aplicó cuatro conceptos estratégicos, apoyados por una serie de documentos complementarios destinados a aplicar un conjunto de medidas para los órganos subsidiarios militares. Después del periodo de la Guerra Fría, la OTAN aprobó tres conceptos estratégicos que también se complementaron con la aplicación de las políticas desarrolladas por el Comité Militar. No es posible acercarse ni a la naturaleza de la OTAN, ni a sus competencias sin tener en cuenta su naturaleza transformadora basada en un entorno internacional igualmente transformador.

Sin embargo, es a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 cuando la OTAN adopta un enfoque global en relación con sus tareas. Los poderes de la OTAN resultaron obsoletos tras el fatal y triste acontecimiento, por lo que se requirió una «revolución» interna de su pensamiento militar.

211 *Ibidem*, pp. 608-610.

212 North Atlantic Treaty Organization. «Strategic Concepts», <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_56626.htm>, 8 de abril de 2016.

Consecuentemente, la OTAN incorporó en los desarrollos de seguridad y defensa las cuestiones relacionadas con los recursos energéticos, la difusión de armas de destrucción masiva, las redes de financiación; igualmente desarrolló también la política de defensa ciber-defensa e incorporó capacidades estratégicas sobre inteligencia y fuerzas especiales. Además, la OTAN proyectó también sus actividades más allá de la zona Euro-atlántica y aumentó sus miembros. Otra consecuencia fue la decisión de extender sus socios más allá de la zona Euro-atlántica, de la cuenca mediterránea y el Golfo, para asociarse con Estados del Pacífico y del mar Caribe²¹³, así como con organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la Unión Europea y la Unión Africana. Esta profundización en las asociaciones está desarrollando nuevas relaciones políticas, lo que a su vez proporciona a la OTAN «capacidades operativas más fuertes para responder a un mundo cada vez más global y más desafiante»²¹⁴.

El Concepto Estratégico de 2010 otorga a la OTAN tres funciones esenciales: a) defensa colectiva basada en el artículo 5 del TAN; b) gestión de crisis; - mantenimiento de un conjunto de capacidades políticas y militares permanentes; c) cooperación en seguridad - de esta manera, los Estados de la OTAN reforzaron los propósitos y funciones de la organización con la intención de dotar a la OTAN de poderes para enfrentar los venideros desafíos de seguridad y ayudar a definir los futuros desarrollos políticos y militares²¹⁵. Podríamos preguntarnos cuáles el valor jurídico de los conceptos estratégicos de la OTAN, y asignarles sólo un valor político. Independientemente de la clasificación de los conceptos estratégicos de la OTAN, no hay duda de que crean tres efectos jurídicos²¹⁶: a) promueven las dinámicas institucionales inherentes a la OTAN – «tratado en evolución»²¹⁷; b) reorientan las funciones y propósitos de la OTAN; y c) crean problemas en la interpretación del derecho interno. La reorientación de funciones y propósitos requiere herramientas para hacerlas efectivas, esas herramientas son nuevas competencias para la OTAN. Por otra parte, la reinterpretación del derecho interno se produce porque existe una transmisión de derechos soberanos. A este respecto, Ruffert y Walter alegan, en relación con la interpretación del párrafo 2 del artículo 24 - transferencia de los derechos soberanos a los

213 La OTAN ha concluido acuerdos de seguridad y otros documentos con Estados tan lejanos como Australia, Nueva Zelanda, Japón, Colombia, etc.

214 North Atlantic Treaty Organization. «Strategic Concepts», <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_56626.htm>, 8 February 2016.

215 North Atlantic Treaty Organization. «Strategic Concepts», <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_56626.htm>, 8 February 2016.

216 La idea se inspira en RUFFERT y WALTER, *op. cit.*, p. 94.

217 RUFFERT y WALTER, *op. cit.*, p. 94.

sistemas de seguridad colectiva - de la Constitución alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)²¹⁸, lo siguiente:

«es de agradecer que haya una opinión que se va consolidando y que postula que la OTAN tiene otorgada la cualidad de un sistema de seguridad militar colectiva, y su antiguo carácter de alianza de defensa está condicionado por esta nueva idea y que, en consecuencia, permite que el párrafo 2 del artículo 24 de la Constitución [alemana] también pueda aplicarse a la OTAN»²¹⁹.

Reichard sostiene que los artículos del Tratado han sido reinterpretados por los conceptos estratégicos y «han dado un nuevo significado por las partes, para adaptar la Alianza a este nuevo papel [la gestión de crisis fuera de los territorios de sus miembros]»²²⁰. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán estableció en 2001: «El nuevo Concepto Estratégico de la OTAN de 1999 no es ni un tratado creado formalmente ni un tratado creado implícitamente»²²¹, pero si bien el Tribunal niega el estatuto de tratado a los conceptos estratégicos, sigue considerando que los nuevos papeles establecidos por ellos «constituyen sólo un “desarrollo ulterior” del Tratado de la OTAN»²²². El Tribunal explica este fenómeno caracterizándolo como «compromisos de derecho internacional». El Tribunal no cuestiona si los conceptos estratégicos son un desarrollo ulterior de un tratado a través del acto de un órgano competente o de otros actos que son jurídicamente relevantes bajo el derecho internacional, simplemente confirma que la OTAN tiene poderes al confirmar la integración real de la OTAN con el *Grundgesetz*. Una lectura profunda de la resolución del Tribunal permite argumentar que estas facultades aparecen como resultado de un enfoque funcionalista, es decir, «(1) una concreción vinculante del contenido del Tratado por los órganos competentes de la OTAN; o (2) una interpretación auténtica del Tratado de la OTAN por las partes en el Tratado»²²³.

Esto confirma que las competencias de la OTAN están implícitas y aplicadas en una versión «Hackworthiana», es decir, se limitan a la aplicación de las facultades expresamente concedidas. Ese sería el caso con respecto a los conceptos estratégicos de la OTAN.

218 Ibidem.

219 Ibidem, pp. 47-48.

220 REICHARD, *op. cit.*, p. 103.

221 GFCC, Judgment of the Second Senate of 22 November 2001 - 2 BvE 6/99 – Headnote 6, <www.bverfg.de/e/es20011122_2bve000699en.html>, 24 de febrero de 2016.

222 GFCC, Judgment of the Second Senate of 22 November 2001 - 2 BvE 6/99 - para. 10. <www.bverfg.de/e/es20011122_2bve000699en.html>, 24 February 2016.

223 GFCC, Judgment of the Second Senate of 22 November 2001 - 2 BvE 6/99 - para. 19. <www.bverfg.de/e/es20011122_2bve000699en.html>, 24 February 2016.

3.3. Tres paradojas sobre las competencias de la OTAN

Los poderes de la OTAN no sólo se determinan en la forma legislativa clásica. Los propósitos y funciones que evolucionan naturalmente y la interacción con el ámbito internacional modelan los parámetros por los que las diferentes personalidades jurídicas de la OTAN identifican sus poderes. Estos poderes siguen inspirándose en los poderes expresamente concedidos por las «reglas de la organización». A este respecto, tres paradojas propias de la OTAN ilustran la forma en que la OTAN legisla.

La primera paradoja nos lleva, en primer lugar, al análisis de Rossene sobre la práctica de los tratados de las Naciones Unidas; de la que podemos extrapolar la naturaleza del poder de celebración de tratados en las organizaciones internacionales, es decir, está implícita y que «de hecho es mucho más empleada que el poder específico de establecer tratados»²²⁴.

«Además, su capacidad [para concluir tratados] no se limita a los órganos designados por la Carta como “órganos principales”, sino a todos los órganos, en virtud de su representación de la Organización. Está, en virtud de los principios generales del derecho que rigen la representación de las personas jurídicas, autorizado a hacer uso de los poderes de conclusión de tratados en caso necesario»²²⁵.

Este análisis viene de la mano del poder de negociación de la OTAN. Existen referencias específicas en el Convenio de Ottawa y en el Protocolo de París con respecto a la celebración de acuerdos complementarios [tratados] con los Estados de la OTAN. Sin embargo, la práctica de los órganos comunes de la OTAN ha llenado la brecha de disposiciones más específicas en el TAN y de otros tratados fundamentales. Hoy en día, los órganos comunes de la OTAN, con sus personalidades jurídicas internacionales, concluye tratados y otros acuerdos internacionales con miembros y no miembros de la OTAN, así como con organizaciones internacionales, lo que incluye tribunales internacionales²²⁶,

224 ROSENNE, S. «United Nations Treaty Practice», *RECADI*, vol. 86, 1954, p. 296, en DUPUY, R. J. «L'application des règles du droit international général des traités aux accords conclus para les Organisations internationales», *Annuaire de l'Institut de Droit Internationale*, Vol 55, Rome – Septembre 1973, p. 268.

225 *Ibidem*, p. 296.

226 A este respecto, cabe señalar que, en virtud del Acuerdo de Forma, la Oficina del Fiscal es el órgano de enlace entre el SHAPE y el tribunal (párrafo 1.2) y se compromete a «defender al SHAPE y a IFOR de cualquier error u omisión resultado de las aplicaciones de los artículos 1, 2 y 3 por parte del personal de la IFOR que actuará de buena fe durante dichas detenciones», párrafo 3.2. Nota 2 de la opinión individual del magistrado Robinson. *Prosecutor v. Blagoje Simi, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric. International Criminal Tribunal to the former Yugoslavia*, <www.icty.org/x/cases/simic/tdec/en/01018EVT13779.htm#2>, 28 de febrero de 2016.

North Atlantic Treaty Organization. Security Agreements for exchange of classified material <www.nato.int/cps/en/natohq/news_18727.htm?>, 20 de noviembre de 2015. Host Nation Support Memoranda of

organizaciones no gubernamentales como el Comité Internacional de la Cruz Roja²²⁷.

«Podemos concluir que la necesidad funcional inspira esa práctica, que, a su vez, desarrolla los poderes de la OTAN impulsados por la evolución de su ordenamiento jurídico interno y el desarrollo del derecho de las organizaciones internacionales. Sin embargo, esto no es único en la OTAN como *l'organisation internationale [est] extravertie par nature et par nécessité*²²⁸. El desarrollo de las facultades de celebración de tratados en las organizaciones internacionales por medio de la práctica tiene lugar debido a *le recours à l'accord est spontané; le droit international est, par essence, un droit relationnel; dès lors que des entités nouvelles apparaissent, elles vont recourir aux techniques relationnelles classiques, c'est-à-dire aux traités*»²²⁹.

La segunda paradoja se refiere a quién es el propietario de los poderes ejercidos por la OTAN y si estos pueden funcionar autónomamente y «en contra» de los de sus mandantes, o si pueden ejercer sus poderes sobre la misma materia al mismo tiempo y en paralelo. Esta pregunta no cuestiona la doctrina de los poderes implícitos aplicada a la OTAN; por el contrario, ayuda a ilustrar

Understanding <www.aco.nato.int/finland-and-sweden-signing-a-memorandum-of-understanding-with-nato-for-operational-and-logistic-support>, 20 de noviembre de 2015. Véase North Atlantic Treaty Organization Standardization Office, «Allied Joint Doctrine for Host Nation Support», <nso.nato.int/nso/zPublic/ap/ajp-4.5%20edb%20v1%20e.pdf>, paras. 0124-0125, 5 de diciembre de 2015. Véase the Participation and Financial Agreements for becoming a troop-contributing-nation in NATO-led operations, <www.nato.int/cps/en/natohq/news_24997.htm?selectedLocale=en>, 22 de noviembre de 2015. Véase Berlin Plus agreement of 16 December 2002 and arrangements of 17 March 2003 en North Atlantic Treaty Organization, «NATO-EU Strategic Partnership», pp. 3-4. <www.nato.int/docu/comm/2004/06-istanbul/press-kit/006.pdf>, 5 de diciembre de 2015, y en Reichard *op. cit.*, pp. 273-310. Véase the Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security between NATO and the Russian Federation signed in Paris, France on 27 May 1997 (sin vinculación jurídica), <www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_25468.htm>, 5 de diciembre de 2015. «The international personality of international organization – i.e., of organizations of States – is becoming generally recognized. The capacity to conclude treaties is both a corollary of international personality and a condition of the effective fulfillment of their functions on the apart of the international organizations». Véase LAUTERPATCH, H., in [1953] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 100, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.1, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1953_v2.pdf&lang=E7>, 7 de diciembre de 2015. STEIN y CARREAU, *op. cit.*, p. 610.

227 «En los últimos años y en particular desde la firma del Memorando de Entendimiento de 1997, el CICR ha participado cada vez más en los ejercicios de la Asociación para la Paz, con el fin de incorporar una dimensión humanitaria realista en los escenarios de los ejercicios militares. Los delegados del CICR también participan regularmente en cursos de formación en la Escuela de la OTAN en Oberammergau (Alemania) y en el Colegio de Defensa de Roma (Italia)», en ICRC Resource Centre, «ICRC and its relations with NATO & SHAPE», <www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqwr.htm>, 28 de febrero 2016.

228 La idea está inspirada en BEKKER, *op. cit.*, p. 77.

229 DUPUY, R. J. «L'application ...», *op. cit.*, p. 222.

PILIDIS, P. T. «La capacité de conclure des traits des Organisations internationales», Paris : 1952, parle, p. 187, tesis citada en ibídem. BEKKER, *op. cit.*, p. 77.

la naturaleza compleja de los poderes que operan en las organizaciones internacionales. En el contexto de la OTAN, los poderes parecen ejercitarse en una forma de «juego de suma no cero», lo que explicaría por qué mientras los órganos de la OTAN ejercen sus poderes, un miembro puede ejercer los mismos poderes individualmente. Un buen ejemplo que demuestra esta paradoja es la coexistencia de los poderes de la OTAN para concluir acuerdos de estatuto de fuerzas (SOFA), con los de los estados individuales de la OTAN para concluir sus propios SOFA bilaterales con los mismos países que los órganos comunes de la OTAN. La OTAN concluye esos acuerdos cuando las fuerzas dirigidas por la OTAN requieren cierta posición jurídica.

«En las negociaciones que incluyen a las fuerzas o instalaciones de la OTAN, se plantean cuestiones operacionales, pero las preguntas sobre el estatus, las reclamaciones, los privilegios y la inmunidad son significativas e, inevitablemente, las cuestiones financieras siguen siendo las más controvertidas. El papel jurídico en estas negociaciones suele ser el de establecer el marco y las condiciones para la presencia de la OTAN a través de SOFA y otros arreglos tales como acuerdos de tránsito»²³⁰.

Por otra parte, las naciones, de manera individual, alientan la conclusión de SOFA bilaterales para sus propias fuerzas.

«Los contextos en los que surgen los problemas del SOFA han evolucionado. El primer contexto llevó al SOFA OTAN y a otros acuerdos similares con otros aliados que se desarrollaron después de la Segunda Guerra Mundial, como la presencia militar en el exterior de las fuerzas de los Estados Unidos, que pasaron del combate y la ocupación, en tiempos de guerra, al estacionamiento permanente en naciones plenamente soberanas con las cuales los Estados Unidos tenía fuertes alianzas u otros compromisos de seguridad»²³¹.

A la vista de lo anterior, podemos decir que los Estados de la OTAN otorgan a sus órganos comunes facultades para concertar tratados, pero esto no les hace renunciar a su propia competencia para celebrar el mismo tipo de acuerdo con las mismas naciones cuando consideran que sus intereses pueden ser mejor protegidos en un acuerdo bilateral que en uno multilateral, o, simplemente quieren complementarlo. En Afganistán la OTAN cuenta desde el 30 de septiembre de 2014 con un SOFA, que define los términos y condiciones bajo los cuales las fuerzas de la OTAN serán desplegadas en Afganistán como parte de la operación *Resolute Support*, así como las actividades que se van a

230 NATO Legal Deskbook, *op. cit.*, p. 213.

231 U.S. State Department, International Security Advisory Board, «Report on Status of Forces Agreements», 2015, p. 2, <www.state.gov/documents/organization/236456.pdf>, 17 de febrero de 2016.

llevar a cabo²³². Por otra parte, los Estados Unidos concluyeron, el mismo día, que el Acuerdo Bilateral de Seguridad (BSA)²³³.

En el artículo 3 de la TAN se puede encontrar una justificación jurídica de las competencias de la OTAN en materia de «juego de suma no cero». Este artículo establece que los miembros de la OTAN actuarán «por separado y conjuntamente» para lograr mejor los objetivos del Tratado; y esto mientras que el enfoque en las capacidades siga teniendo la naturaleza intergubernamental de la OTAN. Una vez más y con el fin de situar a la OTAN en el contexto actual, debemos entender los objetivos del TAN como una parte integral y fundamental de las «reglas de la organización».

Parece ser que existe una ventaja comparativa en usar el marco jurídico de la OTAN en ciertas circunstancias cuando la OTAN tiene un mandato para liderar operaciones. En estas circunstancias el orden jurídico de la OTAN y el derecho internacional «funcionan» conjuntamente como veremos en un ejemplo y parece que es mucho mejor cuando los Estados actúan bajo los acuerdos o políticas desarrollados colectivamente que cuando los Estados lo hacen individualmente. Un ejemplo es el caso Serdar en Afganistán²³⁴. Las fuerzas dirigidas por la OTAN en Afganistán formaron la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) que estableció políticas y procedimientos de detención en los Procedimientos Operativos Estándar 362 (ISAF SOP 362) amparado por la autoridad dada en resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Los SOP autorizaban la detención por sólo 96 horas antes de la transferencia del detenido a las autoridades afganas. Por otra parte, el Reino Unido, emitió sus propias instrucciones, la Instrucción Operativa Estándar J3-9 (UK SOI J3-9). La SOI J3-9 se diferenció de los ISAF SOP 362 en que las fuerzas británicas podrían detener por más de 96 horas.

Sobre esta situación, el juez Leggatt del Reino Unido declaró que «no cabe duda de que la política bajo la cual las Fuerzas Armadas de Su Majestad operaban en el momento de la detención de SM fue más allá de la autorizada por la ISAF bajo los SOP 362 de la ISAF». Tal y como la autoridad de la resolución del Consejo de Seguridad de la ONU fue otorgada a la ISAF²³⁵. El juez Leggatt

232 North Atlantic Treaty Organization, «Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan, 30 September 2014», <www.nato.int/cps/es/natohq/official_texts_116072.htm?selectedLocale=en>, 1 de febrero de 2016.

233 Misión de los EE. UU. en OTAN, <www.nato.usmission.gov/afghanistan.html>, 18 de febrero de 2016.

234 Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL (30/07/2015). Case Nos: A2/2014/1862; A2/2014/4084; A2/2014/4086, Mohammed Serdar - Yunus Rahmatullah, paras. 39, 51 and 156, <www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/07/serdar-mohammed-v-ssd-yunus-rahmatullah-v-mod-and-fco.pdf>, 18 de febrero de 2016.

235 Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL (30/07/2015). Case Nos: A2/2014/1862; A2/2014/4084; A2/2014/4086, Mohammed Serdar - Yunus Rahmatullah, paras. 39, 51 y 156, <www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/07/serdar-mohammed-v-ssd-yunus-rahmatullah-v-mod-and-fco.pdf>, 18 de febrero de 2016.

declaró culpable a las fuerzas británicas por violar las obligaciones nacionales e internacionales en materia de derechos humanos²³⁶. Así pues, si el Reino Unido hubiera «aprovechado» los poderes de la OTAN en «juego de suma no cero», como hemos descrito arriba, le hubiera sido de tal ventaja que la revisión de sus acciones en un procedimiento contradictorio hubieran evitado que quedaran establecidas como violaciones de sus obligaciones internacionales sobre los derechos humanos²³⁷.

Una conclusión preliminar sería que los Estados de la OTAN, y aquellos que participan de manera integrada con ella, si operan bajo procedimientos emitidos bajo los poderes de los órganos comunes de la OTAN, están menos tentados a «malinterpretar» sus obligaciones internacionales. Lo anterior muestra que los Estados de la OTAN están en una mejor situación en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones individuales convencionales cuando trabajan bajo reglas y procedimientos operacionales acordados colectivamente. Muy probablemente porque estas reglas y procedimiento necesitan buscar el mínimo común denominador, un estado de compromiso colectivo que nunca cruza la línea roja menos tolerable.

La tercera paradoja se refiere a la formulación de normas de la OTAN y cómo su «línea entre la creación de derecho interno y externo se desdibuja»²³⁸. La OTAN cuenta, como la mayoría de las organizaciones internacionales existentes, con poderes reglamentarios y operativos²³⁹.

«Como es bien sabido, las organizaciones internacionales, al igual que todo sujeto de derecho, tuvieron que actuar dentro de un marco jurídico específico, que podría estar en una de estas tres categorías: a) el derecho nacional de los Estados; b) el derecho internacional general; y c) la ley de la organización. Es dentro de una de esas tres categorías donde una organización internacional debería o podría ejercer sus poderes. El concepto de “derecho interno” de las organizaciones internacionales se ha elaborado en la doctrina jurídica. Las organizaciones internacionales a menudo llevan a cabo sus actividades dentro de un orden jurídico que les es peculiar y que incluye no sólo sus órganos, sino también

content/uploads/2015/07/serdar-mohammed-v-ssd-yunus-rahmatullah-v-mod-and-fco.pdf >, 18 de febrero de 2016.

236 Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL (30/07/2015). Case Nos: A2/2014/1862; A2/2014/4084; A2/2014/4086, Mohammed Serdar - Yunus Rahmatullah, para. 156, <www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/07/serdar-mohammed-v-ssd-yunus-rahmatullah-v-mod-and-fco.pdf>, 18 de febrero de 2016.

237 Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL (30/07/2015). Case Nos: A2/2014/1862; A2/2014/4084; A2/2014/4086, Mohammed Serdar - Yunus Rahmatullah, paras. 272-273, <www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/07/serdar-mohammed-v-ssd-yunus-rahmatullah-v-mod-and-fco.pdf>, 18 de febrero de 2016.

238 ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 135, 145.

239 Estructura propuesta por DUPUY y KERBRAT, *op. cit.*, pp. 217-222.

las reglas de la organización. Los principales argumentos aducidos para justificar el concepto de “derecho interno” derivaban del proceso de elaboración de decisiones que excluían el consentimiento de los Estados, así como de la categoría de los objetos de tales decisiones, algunos de los cuales eran individuos. Básicamente, era necesario distinguir entre la ley aplicable a la organización y la ley aplicable por la organización. Esta última constituiría el “derecho interno” de la organización»²⁴⁰.

Los poderes reguladores de la OTAN se refieren a normas internas y externas, que constituyen el orden jurídico de la organización y que se aplican más allá del «mero funcionamiento de la propia organización»²⁴¹, respectivamente. Por otra parte, las competencias operacionales de la OTAN se aplican a directivas generales o particulares para el funcionamiento diario²⁴².

Los poderes para desarrollar reglas internas se reconocen de manera general y es intrínseco al hecho de ser una organización internacional. Las normas internas contribuyen a crear un sistema jurídico separado para la OTAN, que es jerárquico. En su cumbre tenemos el TAN, y los otros tratados fundacionales, que se van desarrollando por medio de decisiones hasta llegar a las directivas. Las normas externas deben considerarse también parte del ordenamiento jurídico de la OTAN, aunque, en general, tienen por objeto cubrir las actividades periféricas de la organización con otros actores de la arena internacional. Sin embargo, aunque esta distinción entre reglas internas y externas se ajusta a nuestras mentes cartesianas, no encaja con la realidad y nos hace caminar en círculos. Álvarez sostiene que «la distinción interna/externa trata de una supuesta distinción entre las acciones que se ocupan de ciertos temas ... y las cuestiones que no se refieren a los derechos y deberes de los miembros como miembros»²⁴³. Propone subestimar la distinción y «reconocer que muchas, si no la mayoría de las decisiones tomadas por las OI, tienen impactos normativos tanto internos como externos»²⁴⁴.

La OTAN editó la *Publicación Conjunta Aliada*, «*Allied Joint Doctrine for Host Nation*» (la serie AJP 4.5) con el propósito de proporcionar orientación para el concepto logístico de la nación anfitriona (*Host Nation Support/HNS*) y así poder «planificar actividades militares de la OTAN, donde se espera que las

240 DÍAZ GONZÁLEZ, in [1985] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 284, para. 14, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1985, <legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1985_v1.pdf&lang=EFSPA>, 16 de noviembre de 2015.

241 SCHERMERS y BLOKKER, *op. cit.*, p. 766.

242 *Ibid.*

243 ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 144.

244 *Ibid.* Véase SEYERSTED, F. «Applicable Law and Competent Courts in Relations Between Intergovernmental Organization and Private Parties», 1967, *Académie de Droit International, Recueil de Cours*, III, Tome 122. Leyde: A.W.Sijthoff 1969, pp. 434-435. Véase SCHERMERS y BLOKKER, *op. cit.*, p. 766. (nota a pie de página 192).

Fuerzas Aliadas estén ubicadas, operando o en tránsito por el territorio de una nación anfitriona»²⁴⁵. La serie AJP 4.5 ocupa el segundo nivel en la jerarquía de la doctrina de la OTAN sobre logística; doctrina contenida en los documentos del Comité Militar de la OTAN: MC 319/2, *Principle and Policies for Logistics*, MC 334/2 *NATO Principles and Policies for Host-Nation Support*, y las directrices generales de la *Allied Joint Doctrine for Logistics* de la AJP-4. Nótese que el concepto de la UE para el apoyo logístico a las operaciones militares dirigidas por la UE tomó en cuenta «en la medida de lo posible los documentos logísticos pertinentes de la OTAN»²⁴⁶. Así pues, podemos ver la influencia externa de derecho interno de la OTAN en que los documentos jurídicos internos de la OTAN sobre el apoyo de la nación anfitriona son «pertinentes para las Directrices HNS de la UE»²⁴⁷.

La política de apoyo a la nación anfitriona de la OTAN muestra que no es un *domain réservé*, sino que la norma interna de la OTAN es, empíricamente, derecho internacional institucional. Curiosamente, el hecho que la OTAN ha dedicado muchos de sus esfuerzos a ser un proveedor de seguridad a nivel mundial, sus formas y costumbres han ganado ascendiente entre otros actores internacionales que contribuyen con su esfuerzo a la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, la política de apoyo a la nación anfitriona invita a terceros, con la intención de participar en operaciones y ejercicios liderados por la OTAN, aplicar las estructuras y procedimientos estandarizados de la OTAN²⁴⁸. Esto explica por qué la Unión Europea los ha incorporado a su propio derecho interno, formando parte de su acervo. Este viene a ilustrar que el empecinamiento en diferenciar entre reglas internas y externas, en este caso de la OTAN, no reflejan una realidad que se va abriendo camino impulsando nuevas dinámicas del derecho internacional público.

245 North Atlantic Treaty Organization Standardization Office, «Allied Joint Doctrine for Host Nation Support», para. 0003, p. V, <nso.nato.int/nso/zPublic/ap/ajp-4.5%20edb%20v1%20e.pdf >, 5 de diciembre de 2015.

246 Council of Europe, document 8641/11, 4 April 2011, «EU Concept for Logistic Support for EU-led Military Operations», p. 8, <register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208641%202011%20INIT>, 28 de febrero de 2016.

247 European Commission, Staff Working document (SWD(2012) 169 final), 1 June 2012, «EU Host Nation Support Guidelines», p. 31, <ec.europa.eu/echo/files/about/COMM_PDF_SWD%2020120169_F_EN_.pdf >, 28 de febrero de 2016.

Council of Europe, document 8641/11, 4 April 2011, «EU Concept for Logistic Support for EU-led Military Operations», p. 8, <register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%208641%202011%20INIT>, 28 de febrero de 2016.

North Atlantic Treaty Organization Standardization Office, «Allied Joint Doctrine for Host Nation Support», para. 0003, p. V, <nso.nato.int/nso/zPublic/ap/ajp-4.5%20edb%20v1%20e.pdf >, 5 December 2015.

248 *Ibid.*

Otro ejemplo de la paradoja normativa de la OTAN es el de la aplicación de la Resolución 1325²⁴⁹ del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la Mujer y la Paz y la Seguridad. La resolución insta a los Estados de las Naciones Unidas a que aumenten su apoyo financiero, técnico y logístico voluntario a los esfuerzos de capacitación sensibles a las cuestiones de género. El documento no incluye organizaciones internacionales, sin embargo el Consejo del Atlántico Norte aplicó un primer plan de acción de diversidad en 2012²⁵⁰ y sus cuarteles generales supremos emitieron la Directiva Bi-SC 40-1 como parte del enfoque integral de la OTAN como contribución a la efectividad operativa de la Alianza. El objetivo de la directiva garantiza que la Resolución y las resoluciones conexas se integren en: a) las organizaciones y fuerzas militares de la OTAN dentro sus Estructura de Mando, la Estructura de la Fuerza y los elementos a disposición de la OTAN; y b) en las operaciones, misiones y actividades dirigidas por la OTAN.

La Directiva muestra la iniciativa de los órganos comunes de la OTAN de convertir el régimen exterior de las Naciones Unidas en las normas internas y operativas de la OTAN. Es necesario señalar no sólo que la OTAN, una organización internacional, ha aplicado la Resolución, sino que también la ha incorporado a sus operaciones en un esfuerzo por demostrar que la OTAN es el resultado de los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

No cabe duda de que existe una «cierta» obligación de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas - en realidad, todos los Estados de la OTAN son signatarios de la Carta, aunque no lo sean los órganos comunes de la Organización. Sin embargo, la práctica de la OTAN en la elaboración de normas hace un «doble salto mortal» al aplicar el Documento de Montreux de 2008 sobre las compañías militares y de seguridad privadas (PMSC). Este documento es *soft law* basada en el principio de que «los Estados contratantes conservan sus obligaciones en virtud del derecho internacional»²⁵¹. Siguiendo la idea de Guzmán, Montreux sería una forma de hacer *soft law*, es decir, «una especie de apoyo al derecho [internacional] convencional o consuetudinario [*hard law rules*]; y llena lagunas, aclara significados y ayuda al cumplimiento de las normas derecho [internacional] convencional o consuetudinario [*hard law rules*]]»²⁵². El documento de Montreux es el producto de una iniciativa

249 United Nations. United Nations Security Council Resolution 1325, <[www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325\(2000\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325(2000))>, 28 de febrero de 2016. Otras resoluciones relacionadas: 1820, 1888, 1889 and 1960.

250 North Atlantic Treaty Organization. «Women, peace and security. NATO, UNSCR 1325 and related Resolutions», <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_91091.htm#>, 28 de febrero de 2016.

251 The Montreux Document: On pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict, p. 11, <www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0996.pdf>, 28 February 2016.

252 GUZMAN, A «International Organizations and the Frankenstein Problem», *EJIL*, Vol 24 N.º 4, 2013, p. 1018.

conjunta del Gobierno de Suiza y del Comité Internacional de la Cruz Roja y aunque «está dirigido a los Estados, las buenas prácticas pueden ser de valor para otras entidades como organizaciones internacionales, ONG y empresas que contraten PMSC, así como para las propias PMSC»²⁵³. Si bien la OTAN ya contaba desde 2007 con una política aprobada por el Consejo sobre el apoyo de contratistas a las operaciones de la OTAN, CM (2007) 0004, esta no abordaba directamente la cuestión de las compañías privadas de seguridad, únicamente y de manera indirecta al tratar la cuestión de portar armas y su utilización y las consecuencias sobre la pérdida del estatus civil de los contratistas²⁵⁴. Sin embargo, fue en 2011 cuando SHAPE aprobó la directiva 060-101 sobre la contratación de empresas privadas de seguridad. Aunque la directiva no impone directamente obligaciones a las empresas, sí confirma una relación contractual, que prescribe sus obligaciones de prestación de servicios, evitando cualquier relación de mando y control. La directiva «se centra especialmente en todas las medidas preventivas que un oficial de contratación de ACO [Mando Aliado de Operaciones] debe tener en cuenta al celebrar contratos con las P[M]SC tras la aprobación previa del Consejo del Atlántico Norte [del uso de PMSC en sustitución a la generación de fuerzas]»²⁵⁵. Así las cosas, los oficiales de contratación de ACO tienen que verificar que las compañías privadas de seguridad cumplen con los más altos estándares internacionales de la profesión como se prescribe en el documento de Montreux. Otra curiosidad de la paradoja de la OTAN en la elaboración de normas en este caso particular es que la directiva precedió a la carta de apoyo de 2013 del secretario general de la OTAN al documento Montreux²⁵⁶. Esto bien puede ilustrar el argumento de Economides:

«Mais, dans d'autres cas [cuando el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por las organizaciones internacionales no resulte de su constitución] le caractère obligatoire se dégage, par voie interprétative de l'économie générale du traité, en liaison avec la pratique correspondante de l'organisation. Par exemple, l'OTAN, dont le traité ne fait aucune mention des actes de l'organisation, prend néanmoins des décisions obligatoires en

253 The Montreux Document, *op. cit.*

254 MUNOZ MOSQUERA, A.; CHALANOULI, N. en B. D'Aboville (ed.), *Private Military and Security Companies*, 35th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law. Milano: FancoAngeli 2012, p. 144.

255 *Ibidem*, p. 141.

256 «The following international organisations have joined the Montreux Document since its release, with date of communication of support: 1. European Union (27.07.2012), 2. Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) (21.11.2013), 3. North Atlantic Treaty Organization (NATO) (6.12.2013)». Participating States of the Montreux Document, <www.eda.admin.ch/eda/en/fdfa/foreign-policy/international-law/international-humanitarian-law/private-military-security-companies/participating-states.html>, 28 de febrero de 2016.

ce qui concerne notamment le secteur de l'élaboration et de l'application des plans de défense coordonnés»²⁵⁷.

El comportamiento de los poderes reglamentarios y operacionales de la OTAN cumple con la conceptualización de P.M. Dupuy y Kerbrat sobre las *compétences normatives et compétences opératoires*: «[i]l serait hasardeux de vouloir dresser un catalogue ou une typologie exhaustive des compétences diverses dont peuvent être dotées les organisations internationales»²⁵⁸. La paradoja de la competencia de la OTAN en la elaboración de normas demuestra la naturaleza *sui generis* de las competencias de las organizaciones internacionales como P.M. Dupuy y Kerbrat indican. A su vez, demuestra la versatilidad necesaria que las organizaciones internacionales requieren para cumplir con sus funciones y propósitos. Klabbbers niega de alguna manera esa versatilidad sobre la OTAN cuando argumenta que «la OTAN puede haber sobrepasado los límites de su propio orden jurídico; después de todo, como se entendía tradicionalmente, la OTAN no debía actuar en zonas fuera de los territorios de sus Estados miembros»²⁵⁹. La necesaria indefinición de líneas de separación entre las normas internas y externas ayuda a explicar que las circunstancias a las que se enfrentan las organizaciones internacionales son propulsoras de la necesidad de los órganos comunes por crear normas, «incluso si la norma resultante ha llegado de una manera que ella [la organización internacional] no siempre anticipó»²⁶⁰.

VII. INMUNIDADES

Dentro de la posición jurídica de la OTAN, venimos de tratar su estatus jurídico; sin embargo, la segunda cuestión que nos ocupa sobre la posición jurídica de la OTAN es la de ciertos derechos en forma de privilegios e inmunidades²⁶¹. Bederman sostiene que en la antigüedad «[era] la cuestión fundamental de proteger los privilegios e inmunidades de los enviados contra la infracción cometida por la nación anfitriona»²⁶². Los griegos, en el siglo IV a.c. «... prefirieron,

257 ECONOMIDES, C. «Les actes institutionnels internationaux et les sources du Droit international», 34 *Annuaire français de droit international*, 1988, p. 137.

258 DUPUY y KERBRAT, *op. cit.*, p. 217.

259 KLABBERS, J. «The Paradox of International Institutional Law», *International Organizations Law Review*, 5, 2008, p. 15.

260 ÁLVAREZ se refiere a HIGGINS. *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*. Oxford: Oxford University Press 1963, donde ella afirma «no perdieron tiempo en preocuparse por la supuesta distinción entre las formas internas y externas de creación de las leyes de la ONU», en ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 148.

261 BEKKER, *op. cit.*, p. 52.

262 BEDERMAN, D. *International Law in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press 2001, pp. 106-107.

al hacer reivindicaciones de inmunidades y privilegios, primar sus argumentos sobre la conveniencia»²⁶³. Esta practicidad no sólo se ha mantenido a lo largo de los años, sino que también ha requerido una gran sofisticación cuando las organizaciones internacionales contemporáneas aparecieron. Fue a comienzos del siglo XIX cuando se abrió un vasto campo de estudio sobre estas cuestiones, apoyada por la jurisprudencia y la práctica convencional y consuetudinaria²⁶⁴. Kunz sostiene que a partir de 1920 los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales se han ampliado considerablemente por medio de convenciones y que después de 1939 los privilegios e inmunidades se hicieron ampliamente aceptables para las organizaciones internacionales debido a su aumento²⁶⁵.

Los privilegios e inmunidades se establecieron sobre la base de la necesidad de otorgar a las organizaciones internacionales independencia funcional y de asegurar que el Estado anfitrión no pudiera ejercer ninguna influencia o control sobre la institución²⁶⁶, y para salvaguardar «el principio de igualdad de los Estados»²⁶⁷.

*«Le bon fonctionnement de toute organisation internationale n'est assuré que si, para des privilèges et immunités, celle-ci est mise à l'abri d'ingérences non autorisées des Etats membres ... ne peut guère concevoir l'existence d'une organisation sans ces immunités, ...»*²⁶⁸.

Lo anterior se enmarca dentro de las necesidades que surgen de las funciones y propósitos de cada institución específica²⁶⁹. Además, el TIJ ha

263 BEDERMAN. *International Law ... op. cit.*, p. 111.

264 The Convention of Contingents of the Panama Congress, the International Finance Control Commission of Greece, the Central Commission for the Navigation of the Rhine, the European Danube Commission, the International Congo Commission, the Permanent Court of Arbitration, the Court of Arbitral Justice, the International Prize Court and the International Commission for the Cape Spartel Light are some examples. Véase KUNZ, J. L. «Privileges and Immunities of International Organizations», 41 *American Journal of International Law*, 4, 1947, pp. 828-829. Véase BEDERMAN. «The Souls of ...», *op. cit.*, p. 298.

265 KUNZ, J. L., *op. cit.*, pp. 829-836.

266 HAMMERSKJÖLD, A. «The International Civil Servant in Law and in Fact», Lecture delivered to Congregations of Oxford University on 30 May 1961, p. 342, <www.un.org/depts/dhl/dag/docs/internationalcivilservant.pdf>, 13 November 2016. Véase LALIVE, J.F. «L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales» 84, III Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law, 1953, p. 299, e BROWNIE, I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press 2008, p. 680.

267 KUNZ, *op. cit.*, p. 847.

268 SEIDL-HOHENVELDERN, I. «L'immunité de juridiction et d'exécution des états et des organisations internationales», Institut des hautes études internationales de Paris, Cours et Travaux, Droit international 1. Paris : Pedone 1981, p. 160.

269 BEKKER, *op. cit.*, p. 96. Bekker cita a Sucharitkul: «Los privilegios e inmunidades de una organización internacional, cualquiera que sea su tipo, estaban necesariamente calificados o limitados por las funciones de la organización» from [1977] 1 Y.B. Int'l L. Comm'n 207, para. 52, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1977, y Jenks: «son estas necesidades funcionales las que constituyen tanto la justificación como la medida de las inmunidades internacionales» en *International Immunities*, 1961.

establecido que la concesión de estos privilegios e inmunidades «se basa en el principio subyacente al estatuto jurídico de esas organizaciones, es decir, la garantía que ofrece el país anfitrión de que puedan ejercer con total libertad e independencia en su territorio sus actividades constitucionales y estatutarias o cualquier otra actividad relacionada con las funciones que se les asignen»²⁷⁰. Los cuatro pilares generales de los privilegios e inmunidades que permiten a las organizaciones internacionales cumplir las funciones y propósitos que desarrollan sus respectivas constituciones y las normas de las organizaciones son: a) las inmunidades de jurisdicción y ejecución; b) la inviolabilidad de los locales y archivos oficiales; c) la libertad de comunicación; y d) la libertad para mantener cuentas bancarias, cambio y transferencias, así como privilegios fiscales²⁷¹. Estos privilegios e inmunidades básicos se complementan con aquellos de su personal: a) inmunidad respecto de actos oficiales; b) inmunidad con respecto de obligaciones nacionales relativas al servicio; c) inmunidad de restricciones de inmigración y registro de extranjeros; d) privilegios e inmunidades diplomáticos para el personal del alto rango y otros altos funcionarios; e) facilidades de repatriación en tiempos de crisis internacional; f) exención de impuestos sobre salarios y emolumentos; y g) exención de impuestos aduaneros.

Los privilegios e inmunidades de los Estados y las organizaciones internacionales siguen planteando interrogantes y debates. La solución de éstos ha resultado difícil en dos planos: primero porque no existe un derecho internacional general que los regule, y segundo porque la expresión «privilegios e inmunidades» hoy en día «se superponen tanto que es impracticable distinguirlos»²⁷². En este último caso, la distinción entre privilegios e inmunidades ha parecido necesaria en el pasado. Hammarskjöld y Kunz han considerado el honor, la cortesía y el protocolo como elementos relacionados con el término «privilegios», mientras que el funcionamiento independiente de la organización está relacionado con el término «inmunidades»²⁷³. Sin embargo, en el caso particular de las organizaciones internacionales esta distinción no parece práctica.

Las cuestiones relativas a los privilegios e inmunidades no sólo requieren un análisis sobre la singularidad de una organización internacional, sino también sobre la necesidad de tener en cuenta las normas convencionales y consuetudinarias que le son aplicables. A este respecto, la solución

270 [1986] 2/1 Y.B. Int'l L. Comm'n 167, para. 30, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1986 Add.1 (Part 1).

271 AMERASINGHE, C. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press 2005, pp. 315-343.

272 BEKKER, *op. cit.*, p. 97. Bekker cita a M. Akehurst, «A Modern Introduction to International Law» 117, 6th. Ed., 1987.

273 HAMMERKJÖLD, A. «Les immunités des personnes investies de fonctions internationales» 56, II, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law, 1936, pp. 111-129, y KUNZ, *op. cit.*, 4, p. 847.

para estudiar mejor los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales que Bekker propone es hacer referencia a las «inmunidades organizacionales» en las que los privilegios e inmunidades se conceden a la propia organización internacional, y las «inmunidades internacionales» al personal de la organización²⁷⁴. Finalmente, Kunz considera que la necesidad funcional es la base para otorgar privilegios e inmunidades y que «ahora parece casi universalmente reconocido»²⁷⁵.

Mientras que Klabbers cuestiona esta sumisión basada en la jurisprudencia, argumenta que la necesidad funcional, como tesis para justificar los privilegios e inmunidades, no es predecible y, finalmente, no es una norma²⁷⁶, y que «se centra exclusivamente en las relaciones entre las organizaciones y sus Estados miembros y es estructuralmente incapaz de atender a la posición de aquellos Estados que no son miembros»²⁷⁷. Aunque la conclusión de Klabbers tiene cierto valor, expertos y tribunales especializados parecen haber desarrollado recientemente criterios para equilibrar adecuadamente la inmunidad funcional de las organizaciones internacionales²⁷⁸.

1. Inmunidades en OTAN – casos de SHAPE

A continuación abordaremos muy brevemente las inmunidades organizacionales de la OTAN con respecto de su inmunidad de jurisdicción y ejecución. Tenemos que señalar que, como hemos visto anteriormente, los órganos subsidiarios civiles y militares, es decir, la «Organización» y el «Cuartel General Supremo», tienen diferentes posiciones jurídicas. Ya hemos visto como Wouters y Naert abordan esta cuestión señalando que en la OTAN varios tratados tratan de privilegios e inmunidades²⁷⁹. La principal diferencia es que el Convenio de Ottawa establece de manera explícita la inmunidad de jurisdicción para la «Organización», mientras que el Protocolo de París guarda silencio con respecto al Cuartel General Supremo. Esto último supone un reto para la OTAN para demostrar que el Cuartel General Supremo cuenta con tal inmunidad ya que los «riesgos jurídicos» para las operaciones de la estructura militar integrada en todo el mundo son reales y tangibles.

274 BEKKER, *op. cit.*, pp. 97-98.

275 KUNZ, *op. cit.*, p. 847.

276 KLABBERS. *An Introduction ... op. cit.*, p. 136-137. Véase also KLABBERS, J. «The Transformation of International Organizations Law», *EJIL*, Vol 26 N.º 4, 2015, pp. 9-82.

277 KLABBERS. «The Transformation ... », *op. cit.*, p. 64.

278 Advisory Committee on Issues of Public International Law, «Responsibility of International Organizations», 2015, *Advisory Report No. 27*, The Hague, pp. 22-23 y también pp. 19-22, <[cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/Report_no_27_-_Responsibility_of_international_organisations\(2\).pdf](https://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/Report_no_27_-_Responsibility_of_international_organisations(2).pdf)>, 13 de noviembre 2016.

279 WOUTERS y NAERT, *op. cit.*, p. 24.

El hecho de que el Protocolo de París permanezca en silencio sobre la cuestión de la inmunidad de jurisdicción no puede interpretarse como una denegación de las inmunidades funcionales del Cuartel General Supremo, inmunidades que son inherentes al desempeño de las funciones y propósitos de una organización internacional; «refusant seulement l'immunité en case d'activités a prépondérance économique et exercées dans un but lucratif»²⁸⁰. La razón de los redactores del Protocolo de París es en primer lugar que entendieron que el Protocolo es un tratado híbrido y que su interpretación solo puede hacerse por referencia al NATO SOFA y al Acuerdo de OTTAWA:

«El objeto del presente Protocolo es solicitar a los Cuarteles Aliados el Acuerdo de 19 de junio de 1951 sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas. Para las cuestiones no abarcada por ese Acuerdo, y solo para las cuestiones, es posible referirse al Acuerdo firmado en Ottawa el 20 de septiembre de 1951 sobre el estatuto de las agencias civiles de la OTAN»²⁸¹.

Por otro lado, parece ser que todos entendieron que la naturaleza intrínseca del Cuartel General Supremo no deja lugar al entendimiento de que sus actividades contractuales se realizan para entrar en «el mercado en busca clientes como proveedor y comerciante de bienes o servicios y para obtener ganancias»²⁸². Una indicación de que este debe ser entendimiento lo confirmaba Jenks, quien argumenta que «la Organización del Tratado del Atlántico Norte, con distintas formas de mando militar internacional, hace necesario mencionar tales inmunidades como un elemento de las inmunidades internacionales»²⁸³. En realidad, como se mencionó anteriormente, durante las negociaciones del Protocolo de París, el representante de SHAPE en el grupo de trabajo sobre el SOFA OTAN señaló

280 SCHROER, F. «De l'application de l'immunité juridictionnelle des états étrangers aux organisations internationales», *Revue General de Droit International Public*, 75, 1971, p. 724.

«Una organización internacional goza de esta inmunidad de manera alternativa, si goza de inmunidad de jurisdicción o de inmunidad para los objetos afectados por medidas de embargo». SCHROER, F. «On the application of state immunity», *Revue Egyptienne de Droit International*, 30, 1974, p. 83. «Otra cuestión relativa a la inmunidad de las organizaciones internacionales que pueden surgir en los tribunales nacionales es si, y en qué medida, las organizaciones internacionales gozan de inmunidad tanto de jurisdicción como de ejecución. Sorprendentemente, en muchos acuerdos de sede con organizaciones internacionales solo se regula la inmunidad de ejecución. Varios tribunales han deducido la inmunidad de jurisdicción de la concesión de inmunidad de ejecución en tales acuerdos,...». RYNGAERT, C. «The Immunity of International Organizations before Domestic Courts: Recent Trends», Institute for International Law Working Paper No 143 - December 2009, Katholieke Universiteit Leuven Faculty of Law, para. 3. LAZAREFF, *op. cit.*, pp. 303-304.

281 J. Snee, p. 592.

282 BEKKER, *op. cit.*, p. 164.

283 JENKS, *International Immunities*, *op. cit.*, p. 102.

que «el Cuartel General Supremo estaba perdiendo gradualmente las características de un cuartel general puramente militar y operacional»²⁸⁴. Lo anterior nos permite abordar una confusión muy común y desagradable con respecto al párrafo 1 del artículo 11 del Protocolo de París, que ha llevado a muchos a argumentar de manera precipitada y sin análisis alguno que el Cuartel General Supremo no tiene inmunidad de jurisdicción. El error es muy grave, en primer lugar porque ese párrafo sólo se refiere al artículo VIII del SOFA OTAN, es decir, a las reclamaciones «no contractuales», en las que los redactores del acuerdo establecían dos principios: a) nunca cuestionar el principio de inmunidad de los Estados; y b) la inmunidad debe tener un procedimiento de indemnización²⁸⁵. En segundo lugar, el artículo 6 del Protocolo de París incorpora por referencia el artículo VIII del SOFA OTAN, que hace que todo el razonamiento anterior sea aplicable al Cuartel General Supremo. Incluso en el remoto caso de que el párrafo 1 se entendiera fuera del ámbito de las reclamaciones extracontractuales, *quad non*, se debe afirmar que por el hecho de tener capacidad para comparecer ante el tribunal, no significa que no se tenga inmunidad de jurisdicción²⁸⁶.

Como un comentario general los cuarteles generales militares internacionales de la OTAN rara vez son demandados. Las disposiciones del Protocolo de París relativas a las reclamaciones establecidas en el SOFA OTAN son en su mayoría de carácter «no contractual», pero los casos de contratos de trabajo son una constante en Italia y, en menor medida, en Bélgica. Es en Italia donde el cuartel general subordinado de SHAPE, en Nápoles, emplea un número significativo de empleados locales bajo la legislación Italiana y en aplicación del párrafo 4 del artículo IX del SOFA OTAN incorporado por referencia en el párrafo 2 del artículo 3 del Protocolo de París.

En el ámbito de las reclamaciones contractuales, el caso más significativo se ha producido en los Países Bajos y está relacionado con el cierre de los contratos para suministrar combustible a las fuerzas dirigidas por la OTAN en el marco de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (FIAS) de las Naciones Unidas en Afganistán. SHAPE fue demandado en el Tribunal de Distrito de Maastricht, junto con su cuartel general subordinado en Brumssun, en los Países Bajos, por un antiguo proveedor de combustible para FIAS. Esta es una disputa multimillonaria que se refiere al combustible suministrado a las Naciones que contribuyeron con tropas a FIAS. Este combustible se suministró bajo un acuerdo de orden básica de la OTAN (BOA). Si bien la situación se ha presentado como una disputa comercial, ella está lejos de serlo y eso debido

284 SNEE, *op. cit.*, p. 271

285 LAZAREFF, *op. cit.*, p. 277.

286 BEKKER, *op. cit.*, p. 95.

a que todas las actividades de la OTAN en FIAS lo fueron para la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. SHAPE trasladó el caso al ámbito de las inmunidades a través de un proceso incidental, y el Tribunal de Distrito de Maastricht reconoció la inmunidad de jurisdicción de SHAPE, pero se negó a aplicarlo al caso, ya que en su opinión los recursos alternativos existentes no cumplían con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El caso está ahora en vía de apelación. Debemos llamar la atención sobre que el tribunal consideró que la provisión de combustible está íntegramente relacionada con la ejecución de cualquier operación militar y dentro de los márgenes de sus funciones y propósitos y, por lo tanto, SHAPE goza de inmunidad funcional. Sólo los mecanismos de solución de controversias puestos a disposición por el cuartel general subordinado de SHAPE en Brumssun no cumplieron, en opinión del Tribunal, las normas establecidas por la jurisprudencia relativa al artículo 6 del CEDH. Sin embargo, dado que el Tribunal observó que la cuestión era de principio, permitió el recurso²⁸⁷.

Hasta el caso descrito anteriormente, los casos contractuales han sido escasos, y ello se debe, en primer lugar, a que las disputas serias son muy poco frecuentes y, en segundo lugar, porque la resolución de los conflictos contractuales se limita contractualmente al arbitraje, pero los contratos deficientes siguen enviando a las partes a los tribunales nacionales del Estado receptor. El cuartel general subordinado de SHAPE, AFSOUTH en Nápoles y la empresa que la alquilaba sus instalaciones usaron el arbitraje en un intento de resolver una reclamación de miles de millones de liras, debido a las pobres condiciones de habitabilidad de las instalaciones. El cuartel general ganó el laudo arbitral, pero fue apelado. Al final, el caso no entró en vía judicial, porque la *Fondazione Banco di Napoli* y AFSOUTH firmaron un acuerdo por el que el primero aceptó pagar el resto de las cantidades adeudadas y renunció al recurso. A cambio, AFSOUTH aceptó financiar algunas de las obras en algunos de los edificios y renunció a solicitar estos fondos a la *Fondazione*.

Por otra parte, debemos referirnos a la inmunidad de ejecución. El párrafo 2 del artículo 11 del Protocolo de París protege al Cuartel General Supremo de la ejecución de sentencias u otras órdenes judiciales encaminadas a su embargo. La invocación de la inmunidad absoluta de ejecución ha llevado a varias decisiones judiciales en Italia²⁸⁸, donde se ha establecido que la inmunidad cubre

287 Tribunal de Distrito de Maastricht, C/03/217614/HA ZA 16/130, 8 de febrero de 2017.

288 Rossi y Banco di Napoli v. AFSOUTH, Cass., Joint Civil Section, 1991, No. 902; y Bonifacio and Societa Fratelli Di Benedetto v. AFSOUTH, Cass., sección civil conjunta, 1991, Núm. 1303.

Lo Franco y otros v. LANDSOUTH, Cass., sección civil conjunta, 22 de marzo de 1986, Núm. 1920.

Agreement Between the Supreme Allied Commander in Europe and the Government of the Italian Republic

todos los intentos de gravar la propiedad de los cuarteles generales militares internacionales de la OTAN. El razonamiento del tribunal se basó en el hecho de que el Protocolo de París fue aprobado por el Parlamento, mientras que otros acuerdos (el acuerdo complementario de 1961)²⁸⁹ lo fue por el gobierno y que por ello no podía restringir la inmunidad absoluta establecida en el Protocolo de París. En otros dos casos, donde el tribunal hizo una diferenciación entre los bienes adquiridos con los ingresos procedentes de las actividades de moral y bienestar con respecto de los hechos con fondos internacionales, dictaminó que aquéllos no eran actos oficiales²⁹⁰. Aparentemente, por esto la OTAN, en general, en Italia se le garantizaría muy probablemente sólo una inmunidad limitada en lo que respecta a la ejecución de las sentencias. Sin embargo, en un caso más reciente, un tribunal de primera instancia consideró que no podía embargarse una cuenta bancaria que combinara fondos «oficiales» con fondos generados por actividades de moral y bienestar²⁹¹.

Finalmente, en el caso citado más arriba sobre el suministro de carburante a FIAS se trató la cuestión de la inmunidad de ejecución de Cuartel General Supremo. Los hechos discurren con el embargo de una cuenta en banco BNP Paris-Bas en Bélgica dedicada a cerrar las actividades de suministro de combustible en Afganistán con varias compañías suministradoras. Una de las compañías consiguió que el juez de Maastricht emitiera una orden, sin juicio contradictorio, que se hizo ejecutable en Bélgica utilizando el Reglamento 1215 de la UE relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Desafortunadamente y a pesar de las advertencias del Ministerio de Asunto Exteriores belga, el usier de justicia belga transmitió la orden al BNP Paris-Bas, y tuvo lugar una ejecución en violación de los tratados OTAN de los que Bélgica es parte. Además, tal ejecución se hizo aplicando un reglamento de la Unión Europea a la OTAN, olvidando que los tratados de la OTAN tienen carácter autónomo y su aplicación e interpretación no pueden depender del régimen jurídico de tal institución regional europea. SHAPE presentó una demanda de urgencia ante el tribunal de Maastricht, en los Países Bajos, para levantar el embargo y, en su sentencia, el tribunal estableció que las inmunidades juegan un papel esencial en las organizaciones internacionales y

on the Special Conditions Applicable to the Establishment and Operation in Italian Territory of International Military Headquarters Which Are or May be There Installed, 26 de julio de 1961; Decreto del presidente de la República, 18 de septiembre de 1962 Núm. 2083; Gazzetta Ufficiale 9 July 1963.

289 Ibidem.

290 La defensa de estos argumentos por los abogados estatales italianos que defendían el cuartel general de Nápoles fue claramente deficitaria, ya que la política de la OTAN es muy clara sobre la naturaleza de las actividades de moral y bienestar, esto es, son una parte inherente e integral de las actividades oficiales de la OTAN.

291 Pizzolla v. AFSOUTH, Pretura di Napoli, 24 de February de 1993.

que los Estados receptores tienen el deber de protegerlo. Igualmente, el tribunal también estableció que SHAPE tiene inmunidad absoluta de ejecución en virtud del Protocolo de París y que la mera gestión de una cuenta bancaria que contenga fondos para facilitar el cierre de un contrato no es una renuncia implícita a la inmunidad. Igualmente, la sentencia dejó claro que el cierre de la misión FIAS incluye la parte de la logística y que ello es necesariamente parte del mandato de SHAPE, por lo que los fondos no servían a un objetivo comercial, sino a la financiación de la misión. Así pues, los fondos de la cuenta tenían un objetivo público y estaban inmediatamente relacionados con cumplimiento de los propósitos y funciones de SHAPE. El tribunal en su sentencia también estableció que el hecho de la aplicación de la inmunidad de ejecución no constituye, por sí mismo, una violación del artículo 6 de CEDH, y que es presuntoso asumir que SHAPE no respetará sus obligaciones. Finalmente, el tribunal recordó que la compañía eligió libremente firmar un contrato con una organización internacional, consciente de las circunstancias en Afganistán, por lo que podría haber tomado medidas cautelares para aumentar la seguridad financiera. Por lo tanto, no se puede invocar el artículo 6, pues la compañía nunca hizo uso de los recursos alternativos que estaban disponibles, válidos o no. La conclusión del Tribunal fue que SHAPE tiene inmunidad absoluta de ejecución, por lo que ordenó el levantamiento completo del embargo y su ejecución inmediata²⁹².

VIII. RESPONSABILIDAD

1. La toma de decisión en la OTAN

En sus comentarios y observaciones al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (AROI) de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la OTAN declaró: «cada Estado miembro mantiene la plena responsabilidad de sus decisiones [adoptadas en el Consejo del Atlántico Norte]»²⁹³. Sin embargo, esto no es suficiente como una explicación para poder conceptualizar el papel de los Estados de la OTAN con respecto a la toma de decisiones institucionales, así como la realidad de la existencia de una *volonté distincte* de la OTAN. Sobre esta cuestión, tenemos que decir que el AROI²⁹⁴ emprende una tarea hercúlea que, sin embargo,

292 Tribunal de Distrito de Maastricht C/03/233218/KG ZA 17/139, 12 de junio de 2017

293 United Nations. «Responsibility ...», *op. cit.*

294 En cualquier caso, AROI es un atrevido intento de uniformidad, sin embargo, este es su talón de Aquiles junto con el hecho de que refleja los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (ARE) [UN Doc. A / 56/10 (2001) -comentarios]. Estos aparentemente detraen a AROI del rigor necesario que el tema de la responsabilidad internacional requiere, es decir, la unidad. Por otro lado, no podemos olvidar lo que Blokker y Wessel presentan a este respecto cuando afirman

desprecia, si bien en un esfuerzo valiente, dos elementos clave de la cuestión. En primer lugar, que es imposible trazar un conjunto de principios sobre un asunto que se extiende en múltiples campos y tiene «ene» características, y, en segundo lugar, es imprescindible tener en cuenta que las organizaciones internacionales tienen una ingente práctica no codificada²⁹⁵.

La práctica de la OTAN no sólo demuestra cuánto participan diariamente sus miembros en las estructuras y procedimientos de la OTAN, sino también el nivel de institucionalización alcanzado por el sistema de comités de la OTAN compuesto por los representantes de los Estados, el secretariado internacional y la estructura militar integrada. Esta última sigue una distribución de los puestos clave y los ordinarios entre los Estados miembro, tal como se establece durante las «conferencias sobre plantillas de paz». Estos funcionarios ocupan puestos nacionales o internacionales, los últimos financiados con fondos comunes de la OTAN. Una cuestión que se plantea, es si estos funcionarios representan a sus Estados o a la Organización. Blokker nos recuerda que la Corte Internacional de Justicia en su *Reports 1999* ya ha abordado esta cuestión, afirmando que los Estados deben mostrar una actitud constructiva con respecto a las organizaciones internacionales a las que pertenecen, incluso si los objetivos de estas organizaciones se consideran menos esenciales que los de las Naciones Unidas y se refieren a áreas menos significativas que los derechos humanos²⁹⁶.

El primer secretario general de la OTAN, Lord Ismay, dijo que el «Consejo [del Atlántico Norte], el Secretariado y las delegaciones trabajarán como un solo equipo y no en oposición»²⁹⁷. En el estudio de esta cuestión vale la pena recordar el dictamen del TIJ en el caso de *Admission*²⁹⁸. Este dictamen arroja luz sobre el papel de los Estados miembros de las organizaciones internacionales, que

lo que debería haber sido utilizado como base para la labor de la CDI en la AROI, la rica práctica de las organizaciones internacionales en el área de responsabilidad. Blokker y R. Wessel, «La responsabilidad de las organizaciones internacionales», 2012, *International Organizations Law Review* 9, pp. 3]. Sin embargo, tanto como esta cuestión es legítimamente válida, el pecado original de AROI es haber puesto a los Estados y organizaciones internacionales al mismo nivel de responsabilidad indiscriminada.

295 «Las normas sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales están lejos de ser coherentes y consistentes. Considerándolas un sistema integrado, en la forma en que lo hace el borrador de la CDI, es solo el segundo paso». RUFFERT y WALTER, *op. cit.*, p. 109.

296 BLOKKER, N. «International Organizations and Their Members», 2004, *International Organizations Law Review*, 1, p. 150.

297 En febrero de 1953 Lord Ismay tuvo la impresión de que algunos países miembros tendían a considerar a la Organización como un organismo puramente estadístico cuyo único propósito era recopilar datos y cifras sobre los esfuerzos de defensa de los países miembros. Por el contrario, creía que la Secretaría podía y debía asumir una tarea de alcance más amplio: el de mantener la unidad política entre los aliados.

298 *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, 28 de mayo de 1948, International Court of Justice, Advisory Opinion, p. 62, <www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=2e&case=3&code=asun&p3=4>, 3 de mayo de 2016.

como miembros de una institución, tienen ciertas responsabilidades colectivas que no les permiten ser «electrones libres» dentro de la Organización. Al mismo tiempo, no pueden dejar de tener ciertas responsabilidades de gestión, de hecho gestionan las competencias de la organización internacional, y sólo lo pueden hacer con diligencia debida. Esta diligencia debida conlleva responsabilidades individuales por fomentar y ejecutar los propósitos y principios de la institución. La teoría de Scelle de *dédoublement fonctionnel*²⁹⁹ nos sirve para explicar que los Estados miembros desempeñan el doble papel de soberanos y constituyentes de una organización internacional cuando participan en sus órganos comunes, y esto se manifiesta en sus tomas de decisión.

El informe de Harmel³⁰⁰, puso de relieve en los 70 que la opinión pública europea percibía a la OTAN como una organización con tensiones internas hasta el punto de un desequilibrio de poder en favor de los Estados Unidos. Esa percepción fue suficiente para provocar un cambio en el mecanismo de toma de decisiones, de la unanimidad se pasó al consenso, esta como forma de confirmar y asegurar la igualdad entre los Estados miembro, permitiendo que el ambiente colegial cumpliera la visión de Ismay de que el Consejo del Atlántico Norte, su Secretariado Internacional y las delegaciones nacionales formaran un equipo. Esto, a su vez, evitaría la interferencia de los Estados, dejando a la OTAN alcanzar su «independencia funcional»³⁰¹. Sin embargo, la cuestión es cómo es de espeso el velo de la «independencia funcional» de la OTAN.

2. El flexible velo institucional de la OTAN

Los hechos sugieren que en la OTAN el velo institucional es muy delgado, pero existe. Sea como fuere, el escrutinio realizado por las propias instituciones de la OTAN o por los tribunales sobre las decisiones de la OTAN lleva a identificar la conducta individual de los Estados miembros de la OTAN como el elemento crítico que desencadena la responsabilidad internacional. En este sentido, algunos ejemplos ilustran cómo se perfora el velo institucional de la OTAN. El primero de ellos tuvo lugar el 2 de diciembre de 1953, cuando el embajador sueco en París envió una carta a la OTAN pidiendo a la organización que atendiera una demanda del propietario y tripulación del barco sueco GG574 Kullen, en ella se solicitaba una indemnización por daños y perjuicios causados

299 CASSESE, A. *Scelle's Theory of «Role splitting»*, 1990, *European Journal of International Law* 1, pp. 211-212.

300 North Atlantic Treaty Organization, «Harmel's Report. Report by Sub-group 2 Inter-Allied Relations (April 1967 – October 1967)», 4 October 1967, <<http://www.nato.int/cps/en/natolive/80987.htm>>, 14 de junio de 2015.

301 KAPLAN, *op. cit.* «En febrero de 1953 Sir Ismay tuvo la impresión de que algunos Estados miembro tendían a considerar a la Organización como un organismo puramente estadístico y su único propósito recopilar datos y cifras sobre los esfuerzos de defensa de los miembros. Por el contrario, él creía que la Secretaría podía y debía asumir una tarea de alcance más amplio: el de mantener la unidad política entre los aliados».

por las unidades navales de la OTAN durante un ejercicio conjunto. El 24 de septiembre de 1952 la tripulación de Kullen, formada por cuatro pescadores, faenaba el 23 de septiembre de 1952 a veinte millas náuticas al sur del faro de Lindesnes – en el extremo meridional de Noruega. Al parecer, quince unidades navales de la OTAN pasaron por encima de los aperos de pesca. Debido al tiempo lluvioso, la tripulación no pudo identificar el nombre y la nacionalidad de estas unidades navales. El 24 de septiembre se repitieron los mismos acontecimientos, esta vez a veinte millas náuticas al sureste del faro Oxo. Este último incidente parecía haber involucrado a un grupo de veinte o veinticinco unidades navales que aparecieron desde el oeste causando daños en los aparejos de pesca. Igual que en el incidente anterior, las condiciones climáticas también hicieron imposible cualquier identificación. Así pues, el 13 de enero de 1954, el Secretariado Internacional informó al Grupo Permanente de la OTAN de que la reclamación había sido transmitida por el gobierno sueco a cada gobierno cuyas unidades navales pudieran ser responsables del daño. El Secretario General de la OTAN fue encargado de informar al embajador sueco de la nacionalidad de las unidades navales. En este caso, las instituciones de la OTAN no contemplaron ninguna responsabilidad de la organización, independientemente de que la actividad fuera parte de las funciones de la OTAN - la planificación y ejecución de ejercicios colectivos³⁰².

Otro caso es el de las denuncias de la República de Yugoslavia ante el Tribunal Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo a la campaña de bombardeos de la OTAN en 1999. En estos casos, la atribución de la responsabilidad de las actividades militares de la OTAN se dirigió a los Estados miembro y no a la institución, de hecho, como señala Blokker durante el procedimiento a penas se hizo referencia al argumento de que la campaña de bombardeo era una operación de la OTAN³⁰³.

302 North Atlantic Treaty Organization. «Damage caused to a Swedish Boat during Exercise MAINBRACE», LOM 3/54, 13 January 1954, <www//archives.nato.int/>, 14 de junio de 2015.

303 Véase BENVENUTI, P. «The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia», 2001, *European Journal of International Law* 12; GAZZINI, *op. cit.*; y BLOKKER, «International Organizations and ...» *op. cit.*, p.160: «Es notorio que en estos casos los Estados demandados apenas hicieron uso del argumento que no fueron ellos, sino solo la OTAN, quien debía ser considerado responsable. Solo Canadá, Francia y Portugal (en la TIJ) y Francia (en el TEDH) presentaron este argumento en cierta medida. [53]:» Véase, entre otras cosas, Canadá durante los alegatos de solicitud de medidas provisionales presentada por Yugoslavia, Public sitting 10 May 1999, Doc. CR 99/16, p. 15, and Public sitting 12 May 1999, Doc. CR 99/27, p. 10; Francia (April 2004 hearings, Public sitting 20 April 2004, Doc. CR 2004/12, pp. 23-25); Portugal (during the April 2004 hearings, Public sitting 19 April 2004, Doc. CR 2004/9, pp. 21-24). Francia en el caso Bancovic: véase CEDH, decision de la Grand Chamber sobre admisibilidad, Solicitud núm. 52207/99, 12 de diciembre de 2001 (paras 31, 32 y 83). Véase HIGGINS, R. «The Responsibility of States Members for the Defaults of International Organizations: Continuing the Dialogue», en S. Schlemmer-Schulte & Ko-Yung Tung (eds.), *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata*, pp. 441-448, 2001, en particular pp. 446-448.

No obstante lo anterior, hay casos en los que la OTAN, donde el velo se ve más espeso, como, por ejemplo, el caso de una familia búlgara a la que la OTAN, como organización, pagó una indemnización por los daños sufridos en sus propiedades por una munición que se salió de su ruta y que fue lanzado durante la campaña de bombardeos de la OTAN de 1999³⁰⁴. Otro ejemplo en este sentido es el fondo de ayuda humanitaria de la Alianza, creado en 2007 para compensar a las víctimas de los daños colaterales de las operaciones de la OTAN.

«La OTAN ha avanzado en la cuestión de brindar ayuda a aquellos afectados por las operaciones de la OTAN» ... «Y de hecho, antes de Navidades, la OTAN había establecido un fondo de ayuda humanitaria al que han contribuido diferentes miembros de la OTAN. Se han pagado más de 65.000 dólares americanos para ayudar a los esfuerzos de provisión de ayudas. Esta es también una responsabilidad nacional - y las naciones individuales dentro de la misión de la OTAN tienen procedimientos y enfoques diferentes»³⁰⁵.

La cita anterior demuestra que la OTAN tiene autonomía institucional «de acuerdo con los requisitos de la vida internacional»³⁰⁶, pero también que los Estados mantienen todas sus prerrogativas abiertas.

Para finalizar los ejemplos, es necesario estudiar los trabajos del Comité de Oleoductos de la OTAN y su grupo de trabajo sobre daños. Al igual que en el caso Kullen, el grupo de trabajo estableció que las reclamaciones contra un oleoducto donde haya daño a un tercero, éste se debe siempre a la negligencia de la autoridad responsable del sistema de tuberías, por lo que esa autoridad debe hacerse cargo del daño dentro o fuera de los tribunales³⁰⁷. Sin embargo, en 1956, el comité encargó al grupo de trabajo que examinara la cuestión de los daños causados por las operaciones del sistema de oleoductos de la OTAN y si estos debían considerarse responsabilidad de la OTAN en su conjunto o sobre una base regional; y si debiera considerarse responsabilidad de la OTAN en su conjunto; el grupo de trabajo debía hacer propuestas para los arreglos financieros necesarios y sus métodos. Después de cuatro reuniones, el grupo de trabajo constató que la cuestión era de gran complejidad jurídica, lo que les hizo centrarse en los principios generales de la misma. Curiosamente, el informe del grupo de trabajo llegó a la conclusión de que una solución sobre los daños y perjuicios no podía ser que la responsabilidad recaerá sobre la OTAN

304 SCHEMERS y BLOKKER, *op. cit.*, p. 1013.

305 SYNOVITZ, R. «Afghanistan: NATO Begins Fund For Civilian War Victims», *Radio Free Europe. Radio Liberty*, 26 January 2007, <www.rferl.org/content/article/1074305.html>, 15 de junio de 2015.

306 *Admissions Advisory Opinion*, *supra* note 445, p. 68.

307 North Atlantic Treaty Organization, «NATO Pipeline Committee», AC/112-D/4, 3 April 1957, p. 3, <www/archives.nato.int/>, 15 de junio de 2015.

en su conjunto, y que ello se debía a dos hechos: a) que desde el principio se acordó que la financiación del mantenimiento de los oleoductos de la OTAN se realizaría a nivel regional; y b) que había dificultades prácticas para resolver un gran número de pequeñas reclamaciones de manera centralizada por OTAN³⁰⁸. Aunque pueda parecer que la «responsabilidad regional» se aparta del entendimiento de que la conducta individual de los miembros de la OTAN desencadena sus responsabilidades internacionales, en realidad viene a reforzar que no son las instituciones de la OTAN las que soportan la responsabilidad internacional. Sin embargo, el grupo de trabajo identificó situaciones donde el velo de la OTAN no podría ser perforado. El grupo de trabajo informó de que, en caso de catástrofes graves, la satisfacción de los daños podría considerarse a nivel de la OTAN en su conjunto. Sin embargo, limitó tal responsabilidad conjunto, y así el grupo de trabajo acordó que en circunstancias en que la indemnización por los siniestros fuera inferior a 1.000.000 de libras esterlinas no podía considerarse como una catástrofe grave y recomendó que los casos inferiores a esta cifra se financiaran por la OTAN en su conjunto. Sin embargo, las reclamaciones por encima de esta cantidad deberían ser consideradas de manera individual por sus propios y particulares méritos para poder recibir financiación de la OTAN³⁰⁹.

Los ejemplos anteriores ilustran las paradojas de la OTAN sobre cómo la responsabilidad recae principalmente sobre sus miembros, pero también sobre cómo puede ser compartida en determinadas circunstancias. Lo que aparece como un comportamiento bipolar queda aclarado en el momento que entendemos que los Estados tienen una «autoridad de gestión», en la que en el uso de sus competencias influyen el comportamiento de la organización internacional³¹⁰. La explicación debe encontrarse en el hecho de que los Estados de la OTAN están muy involucrados en el control diario de la Organización y deciden sobre el uso de la Organización. Esta no es una situación negativa ni disminuye el valor institucional de la OTAN, es simplemente diligencia debida. Esta participación tan directa de los miembros de la OTAN demuestra su deseo colectivo de tener un funcionamiento de la institución dentro de las fronteras institucionales delimitadas por aquello que ellos dicten a través de las «reglas de la Organización.» Esta apreciación del ejercicio del poder, ejercicio que necesariamente trae responsabilidades, no va en detrimento del dinamismo institucional de la OTAN; en realidad

308 North Atlantic Treaty Organization, «NATO Pipeline Committee», AC/112-D/4, 3 April 1957, p. 3, <www/archives.nato.int/>, 15 de junio de 2015. *Admission*, op. cit., p. 68.

309 North Atlantic Treaty Organization, «NATO Pipeline Committee», AC/112-D/4, 3 April 1957, p. 2, <www/archives.nato.int/>, 15 de junio de 2015. *Admissions*, op. cit., p. 68.

310 BARROS, A. «Member States and the International Legal (Dis)order», *International Organizations Law Review*, 12, 2015, p. 352.

estas particularidades han inspirado y continúan a inspirar «audaces esquemas internacionalistas»³¹¹, lo que viene a demostrar que no es natural, en el contexto de las organizaciones internacionales, establecer normas generales de responsabilidad. Tampoco va en detrimento de las terceras partes afectadas, porque lo único que queda pendiente para los afectados es la decisión de ante o contra quien presentar la demanda. Las partes afectadas estarán bien aconsejadas y comienzan con el Estado o Estados que llevaron a cabo la decisión colectiva de la OTAN.

Por esta razón, los ejemplos arriba expuestos de cómo la OTAN desarrolla los citados audaces esquemas pueden ser una prueba empírica de lo que teoriza d'Aspremont con respecto a algunos aspectos de la responsabilidad conjunta, es decir, una mayor participación de los Estados supone frenar el activismo de las organizaciones internacionales, impide la comisión de actos incorrectos por parte de la organización y mejora el sentido de responsabilidad³¹². Igualmente, el modelo de la OTAN viene a demostrar también los argumentos de Ruffert y Walter sobre la «responsabilidad adicional, paralela o al menos subsidiaria de los Estados miembro [cuando] atribuyen una actividad a una organización internacional»³¹³. La conclusión sería que «en un esquema de gobernanza global donde las organizaciones internacionales se consideran sujetos internacionales, con sus propias responsabilidades, los Estados miembro son, y seguirán siendo, la fuente última de la responsabilidad para la gobernanza»³¹⁴. Sin embargo, estas conclusiones sólo tienen sentido si entendemos el proceso de toma de decisión de la OTAN como un acto complejo que supone que las decisiones comunes son una síntesis y no la suma de decisiones individuales. Esto es así porque jurídicamente, si bien el voto de cada uno de los miembros es una condición necesaria, no es suficiente, pues requiere una manifestación colectiva³¹⁵.

Así pues, la OTAN se ve dotada por sus miembros de competencias que los Estados de manera individual ni tienen, ni pueden tener. Estas competencias están continuamente transfiriéndose por los Estados, quienes participan en la ejecución de esos poderes y que, además, tienen la obligación de diligencia debida

311 CLAUDE, *op. cit.*, p. 267.

312 D'ASPREMONT, J. «Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States», *International Organizations Law Review*, 2007, pp. 106-107.

313 RUFFERT y WALTER, *op. cit.*, para. 229.

D'ASPREMONT, *op. cit.*, pp. 106-107.

CLAUDE, *op. cit.*, p. 267.

314 BARROS, *op. cit.*, p. 357.

315 CAICEDO, J. J. *La répartition de la responsabilité internationale entre les organisations internationales et leurs Etats membres*, 2005, Tesis presentada en la Universidad de la Sorbona el 24 de enero de 2005, p. 208, (cedida por su autor).

y la obligación de gestionar³¹⁶. Por esta razón dependiendo de las particularidades de la participación de los Estados en la Organización, así será tratada la cuestión de responsabilidad. Así pues, la *volonté distincte* debe entenderse como la voluntad colectiva de los Estados para poder atender a objetivos comunes. Esta *volonté distincte* no significa que los Estados hayan dejado sus obligaciones internacionales convencionales o consuetudinarias de lado³¹⁷.

IX. CONCLUSIÓN

En las secciones precedentes hemos explicado varias áreas del derecho internacional institucional aplicado a la OTAN, si bien, como hemos dicho, otros aspectos de este derecho requieren más investigación y divulgación. Actualmente, son objeto de modestos estudios del autor y los trabajos de la NATO Legal Gazette³¹⁸, dando vida al «derecho atlántico». Así las cosas, hemos explicado *ut supra* que la OTAN se encuentra integrada en las dinámicas del derecho internacional y con tal, es producto de ellas, lo que llevó a sus miembros a crear estructuras y procedimientos para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En ese sentido el TAN consolida el régimen creado por la CNU.

También hemos visto que la OTAN se puede explicar siguiendo la teoría de la idea de Hauriou, que permite ver la institucionalización de la OTAN como un proceso de tres etapas centradas en una «idea»: a) la idea se desarrolla sobre la base de precedentes históricos, políticos y legales existentes en el inicio de la institución; como fue la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y la amenaza soviética; b) la idea crece con el instrumento o instrumentos jurídicos que la constituyen; como fue el Tratado del Atlántico Norte y otros tratados multilaterales y bilaterales concluidos sobre la historia de la OTAN; y c) la idea consiste en mantener el impulso de la conclusión de los instrumentos jurídicos con la práctica continuada de la toma de decisiones; cosa de la que la OTAN ha demostrado madurez institucional evolucionando de la unanimidad al consenso³¹⁹ en su toma de decisión con el objetivo de mantener la funcionalidad de la organización.

Hemos visto que en su origen la entidad creada era más una Alianza, pero que el Tratado tenía los genes que desarrollarían su institucionalización y terminaría por crear la Organización. El Tratado del Atlántico Norte no contiene disposiciones

316 BARROS, *op. cit.*, pp. 356-357.

317 *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, 30 June 2005, TEDH, App. No. 27021-08, 30 BHRC 637.

318 <www.ismlw-be.org/Nato%20Legal%20Gazette.php>, y <www.act.nato.int/publications>, 21 de junio de 2017.

319 Hoy solo queda la inmunidad para la admisión de nuevos miembros de acuerdo con el artículo 10 del Tratado.

relativas a una construcción institucional completa, estos elementos propios de una organización internacional aparecerán más tarde, entre 1951 y 1952, cuando los Estados parte de la OTAN concluyeron tres tratados multilaterales fundacionales. Estos tratados crearon varias organizaciones internacionales dentro de la Alianza con posiciones jurídicas diferentes y diferenciadas. En todo caso, el Tratado tenía el embrión institucional en su artículo 9.

Aplicando los criterios de Marchegiano hemos demostrado que podemos argumentar que la OTAN es una organización internacional funcional, ya que tiene una competencia internacional reconocida por sus tratados fundacionales, y ejecuta mandatos encomendados por sus miembros, y desempeña funciones para un fin internacional noble; la Carta de la Naciones Unidas.

El estatus jurídico de la OTAN está formado por su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y sus competencias. Las dos primeras las hemos estudiado en dos planos distintos, esto es, en los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales. La cuestión de los poderes (de la competencia) de la OTAN se ha explicado bajo el prisma de la necesidad funcional.

Las inmunidades de la OTAN las hemos visto desde el punto de vista del Protocolo de París, dejando el Convenio de Ottawa para otra ocasión. En el análisis hemos visto una grave confusión que algunos autores cometen sobre la inmunidad de jurisdicción del Cuartel General Supremo, y también, hemos presentado casos recientes donde se trata esta inmunidad, así como la de ejecución.

Por último, hemos explorado tímidamente la responsabilidad individual y conjunta de los Estados de la OTAN y de la organización y hemos descubierto que no es natural establecer normas generales de responsabilidad en el contexto de las organizaciones internacionales, si bien el acceso a recursos es mejorable, eventualmente, el dañado siempre podrá dirigirse a los Estados parte.

EL COSTE DE LA GUERRA. FINANCIACIÓN Y DECISIONES MILITARES EN ALGUNOS CONFLICTOS DEL SIGLO XX*

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: CAUSAS Y OBJETIVOS. II.- METODOLOGÍA UTILIZADA. III.- SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: A) Polonia y Noruega. B) Batalla del Atlántico. C) Inglaterra y León Marino. D) Rommel y norte de África. E) Guerra en el este: Barbarroja y Stalingrado. F) Pearl Harbor. G) Mar del Coral y Midway. H) Normandía. I) Arnhem. J) Ardenas. IV.- COREA. V.- VIETNAM. VI.- CARRERA ESPACIAL.

I. INTRODUCCIÓN: CAUSAS Y OBJETIVOS

La actividad financiera de los entes públicos, se ocupa de los ingresos y gastos de los mismos, hecho que entra dentro de la materia jurídica regulada por el derecho financiero. Esta labor tiene un campo de aplicación muy definido: dichos entes públicos o, más genéricamente, la Administración Pública.

No obstante, tras veinte años dedicados al estudio de la materia, me planteo si sería posible aplicar los problemas de financiación a diversas parcelas del

El texto de este trabajo es una revisión y ampliación de la conferencia que el autor impartió en la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el 23 de febrero de 2017. Desde aquí deseo manifestar mi agradecimiento al prof. Luis CAZORLA por su amable invitación a dicho acto.

conocimiento humano o a sectores de la ciencia en los que parece insospechado que tengan cierta relevancia, al menos en una primera aproximación. Una vez que se estudia con cierto detenimiento, pienso que sí es plausible esta posibilidad, de ahí el origen de esta serie de monografías, que inicio con la presente, relativa a las decisiones y a la logística militar.

El desarrollo de las diversas campañas militares a lo largo del devenir de la humanidad ha estado condicionado por diferentes causas y elecciones estratégicas y tácticas, lo que ha provocado el que hayan tenido un mayor o menor protagonismo en la evolución de la historia¹. Además, es fácil advertir que, entre esas motivaciones y los efectos obtenidos, se encuentran hechos o circunstancias de un claro matiz financiero, es decir, que están muy relacionados con las necesidades de ingreso-gasto de los ejércitos o de los pueblos y nacionalidades inmersos en el conflicto correspondiente².

Sin embargo, soy consciente de que hablar de «actividad financiera» en épocas en las que no existían estados nacionales con una administración pública bien definida, no deja de ser algo aventurado, pero se puede efectuar un ejercicio de abstracción y pensar que dicha actividad consiste en obtener recursos necesarios para el desempeño de políticas públicas, una de las cuales puede ser la expansión territorial o el conflicto bélico; de este modo, consideraría como actividad pública la campaña militar o el hecho mismo de la conflagración bélica³.

Tradicionalmente el uso de la fuerza se ha empleado por los poderes dominantes para tratar de sacar ventaja sobre los menos favorecidos y así imponerles su

1 En palabras de GARCÍA-GALLO, A.: «Desde la Antigüedad hasta nuestros días los historiadores se han ocupado –en un principio, exclusivamente– de las cuestiones políticas: problemas dinásticos, luchas por el poder, guerras civiles, actuación de los gobernantes, etc. Dada la íntima relación que todo ello guarda con la estructura y organización del Estado, se explica que los historiadores hayan tenido que referirse constantemente a estas. Ahora bien, interesados por lo político y no por lo institucional, sus referencias a esto último han sido casi siempre fragmentarias, ocupándose de ello solo en la medida indispensable para explicar los hechos políticos, sin tratar de estudiar las instituciones de una manera completa». Vid.: *Manual de Historia del Derecho Español. I. El Origen y la Evolución del Derecho*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 10ª ed. 1984, p. 9.

Trasladando la idea al terreno financiero, se observa claramente que este aspecto puede haber tenido una influencia decisiva en muchos de los acontecimientos y de las decisiones efectuadas en las campañas militares, y no solo la voluntad de carácter político o puramente castrense.

2 Según LOSADA, J.C. «(...) la Historia es como un cuadro impresionista que hay que ir completando con múltiples y pequeñas pinceladas de distintos colores, imprescindibles, para que, al alejarnos, podamos tener la ajustada visión global (...). Evidentemente, el móvil de las guerras siempre ha sido el económico (el subrayado es nuestro), el deseo de las tierras, los alimentos, las minas, las riquezas, los prisioneros, o las mujeres de los otros, aunque los políticos y los ideólogos se hayan encargado de envolverlo convenientemente en el celofán de la seguridad, del honor o del patriotismo». Vid.: *Batallas Decisivas de la Historia de España*. Barcelona: RBA 2006, pp. 17 y 19.

3 Quiero poner de manifiesto que en este trabajo no pretendo ningún tipo de comparación ni reducción de la historia militar a una cuestión puramente económica, ya que no se trata de «materialismo histórico» ni de una reinterpretación económica o materialista de las campañas o decisiones militares. Se trata únicamente de evidenciar la influencia que los problemas de financiación han tenido en dichas decisiones, nada más.

dominio, lo que, traducido en términos financieros, se trata de «someterlos a tributo». Lógicamente esa noción de «tributo» es diferente de la que se maneja hoy en día, es decir, una obligación legal de pagar a un ente público con el fin de que sufrague sus gastos, tal como indica el art. 2 de la Ley General Tributaria. A pesar de ello, la nota de coactividad y el sometimiento a un poder tributario está presente durante todas las épocas históricas y, solo desde la época constitucional se entiende esta obligación como una cesión de soberanía por parte de los ciudadanos a los poderes públicos para que puedan recaudar las sumas correspondientes.

Otro aspecto a destacar es que no solo hay que pensar en una determinada campaña militar como un medio para ese «sometimiento a tributo» de los pueblos derrotados, sino también como un fin para resolver los problemas de financiación de las potencias agresoras. A todo ello se añade que el mismo desarrollo de un conflicto militar se ve condicionado por matices financieros que es uno de los objetivos de este trabajo, esto es, poner de manifiesto cómo algunas decisiones político-militares de la historia han estado fuertemente condicionadas por la necesidad de financiación de los medios públicos de los propios bandos o ejércitos enfrentados.

Claro está que tratar de profundizar en un tema tan amplio excedería, y con mucho, los límites de este trabajo, por lo que me voy a centrar en ciertas campañas militares o eventos históricos del siglo XX que pienso que guardan relación con las decisiones financieras⁴. También quiero avanzar que actuaré desde el punto de vista de diferentes hipótesis, ya que no es posible determinar la voluntad concreta de los sujetos que intervinieron en dichas decisiones, si bien pienso que las causas, desarrollo y soluciones que ofrezco son bastante plausibles.

II. METODOLOGÍA UTILIZADA

El examen de cada suceso histórico-militar se ha llevado a cabo por medio de una pequeña introducción al suceso histórico, explicando los condicionantes previos de carácter financiero que han causado la campaña en cuestión, posteriormente comprobando si en el transcurso de la misma las opciones elegidas han tenido una motivación económica y, finalmente, si los resultados obtenidos inciden en la misma temática. Como es lógico, no siempre se hallarán causas o efectos financieros en todas las opciones o consecuencias militares, lo que obviará que me dedique a ellas.

4 Para una visión completa del tema en el marco del desarrollo de la humanidad puedo remitir al lector a mi libro: *El Coste de la Guerra*. Madrid: Ed. Eolas 2015.

Tampoco realizo exposiciones completas desde el punto de vista histórico, ya que ello no es el objetivo de este estudio; en consecuencia, iré directamente al grano sin exponer con detenimiento introducciones o resúmenes de los eventos históricos que motivaron las campañas militares en las que me detengo. Para mayor detalle indicaré a pie de página las obras de referencia que, a mi parecer, pueden servir al lector interesado para consultar y profundizar en sus conocimientos.

Finalmente, y descendiendo un peldaño más en el detalle de los métodos usados en este trabajo, en muchas ocasiones en los que describo una decisión militar, causa o consecuencia de un conflicto, verificaré si concurre algún aspecto que tenga que ver con un ingreso o un gasto para los entes o bandos enfrentados, lo que aportará la nota de financiación –¿podemos llamarla pública?– de dicha conflagración bélica.

III. SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

El primer conflicto que va a ocupar bastante mi atención es la segunda contienda bélica que se desarrolló prácticamente por todo el planeta desde 1939⁵ a 1945 y en la que he encontrado más factores de financiación pública que en ninguna otra. Por ello las decisiones de los gestores de las diversas maquinarias militares enfrentadas estuvieron muy condicionadas por el móvil financiero y, como comprenderá el lector, me voy a limitar solo a algunos episodios de la guerra, dejando un estudio detallado a una monografía en exclusiva⁶.

A) Polonia y Noruega

El primer bloque que despierta mi interés es el formado por las conquistas alemanas de los países de Polonia en 1939 y de Noruega en 1940, porque en

5 Me he decantado por la fecha inicial de 1939 por ser la más comúnmente conocida y utilizada por la mayoría de los autores que se han dedicado a la segunda guerra; sin embargo, como es bien sabido, se podrían dar fechas anteriores, como 1937 (inicio de la guerra chino-japonesa) o, incluso, la de 1936 (con la Guerra Civil española, en la que hubo enfrentamientos entre soviéticos e italianos-alemanes en el territorio peninsular).

6 A modo de introducción a las necesidades económicas para la guerra, LIDDELL HART, B. expone: «Alemania no tenía producción propia de algodón, caucho, estaño, platino, bauxita, mercurio y mica, y su producción de mineral de hierro, cobre, antimonio, manganeso, níquel, sulfuro, lana y petróleo era evidentemente inadecuado para sus necesidades. Con lo capturado en Checoslovaquia había ganado algún terreno en cuanto a sus deficiencias en mineral de hierro, del que podía asegurarse el suministro a cambio de su intervención en la guerra de España, así como del mercurio, pero siempre condicionado a su dominio en los mares. En cuanto a lana, el problema era distinto porque había conseguido cubrir sus necesidades con un sustitutivo. Pero aparte de que el costo era mayor que el del producto natural, le obligaba a sacrificar un quinto del caucho necesario para otros menesteres, y un tercio del petróleo preciso para el suministro familiar del pueblo». Vid.: *Historia de la Segunda Guerra Mundial*, 4ª Ed. Barcelona: Caralt 1970, tomo I, p. 37.

cada una de dichas acciones el resultado final y algunas opciones bélicas que se llevaron a la práctica tuvieron un marcado acento fiscal en ambos bandos. En Polonia el ejército alemán no había probado todavía el potencial de sus recientemente formadas divisiones blindadas –ya que parte de su material logístico todavía se transportaba por medios no motorizados–, con lo que el alto mando tenía sus dudas acerca del éxito de la operación. Además, la falta de recursos motivó que la producción de tanques y vehículos no fuera suficiente, por lo que el número de divisiones de tal calibre era numéricamente muy inferior a las que se movían a pie.

Para evitar esas carencias, la ocupación el año anterior –1938– de Checoslovaquia permitió al ejército alemán hacerse con las reservas del ejército de dicho país y, sobre todo, de los vehículos motorizados y tanques del modelo *LT*, que paliaron las dificultades germanas.

Otro aspecto fundamental en el desarrollo de la campaña fue el «pacto de no agresión germano-soviético» firmado a finales de agosto de 1939. Con él, Alemania se aseguró el no tener que enfrentarse tan pronto con la Unión Soviética y, a su vez, dio carta blanca a los rusos para que ocupasen posteriormente las Repúblicas Bálticas y atacasen Finlandia a finales de 1939. La motivación económico-financiera se comprueba en que los soviéticos obtuvieron una mejor salida al mar Báltico a través de Estonia y Letonia y, además, se hicieron con una franja de territorio polaco que se anexionó la Unión Soviética, tras su ataque el 17 de septiembre de 1939.

Con ello, los ingresos en su comercio mejoraron y obtuvieron exportaciones de cereales, petróleo y minerales a Alemania, que les permitió una recaudación importante por derechos de exportación.

Para los alemanes –al margen de la tranquilidad de no tener un enemigo enfrente– les sirvió para mejorar el abastecimiento de sus tropas y motorizaciones, al mismo tiempo que se consiguieron esos productos a un precio mucho más asequible que en los mercados de fuera de Europa, bloqueados pronto por Inglaterra y Francia al inicio de las hostilidades.

Durante la «ofensiva también halló dos motivos de ingreso-gasto» que influyeron en el resultado final de la misma:

En primer lugar, la «decisión polaca de luchar en la frontera» de su país, en lugar de atrincherarse en los obstáculos naturales –como el río Vístula– más al interior.

El motivo fue que la mayoría de su industria y, por ende, de las fuentes de sus recursos financieros públicos, estaban en dicha zona⁷ y que fue rodeada

7 Según LIDDEL HART, B.: «Habría sido más razonable que el Ejército polaco retrasara sus líneas al espacio Vístula-San, mas para ello habría tenido que abandonar definitivamente algunos de los más valiosos sectores del país. La comarca carbonífera de Silesia, cercana a la frontera, había pertenecido a Alemania antes de 1918, y la mayor parte de la zona industrial, a retaguardia, quedaba al oeste de la barrera fluvial (...). Ibidem, p. 41.

y ocupada por los alemanes en los primeros días de campaña. La región fue rápidamente puesta de nuevo en funcionamiento por la maquinaria germana, denominándose «Gobierno General», en atención a su valor económico y a que constituyó una fuente sustancial de ingresos públicos, principalmente tributarios.

En segundo término, el «bombardeo de Varsovia» por los alemanes (días 20 y 25 de septiembre de 1939).

Esta acción precipitó la caída de la ciudad –al igual que sucedería el 14 de mayo de 1940 con Rotterdam en Holanda– y evitó así un mayor gasto de equipo en hombres y materiales del ejército de tierra. Ciertamente que el gasto en las bombas lanzadas sobre la ciudad fue alto, pero el desgaste motivado por un asedio prolongado hubiese sido mucho más oneroso para la administración alemana. Hay que recordar que la utilidad de los medios mecanizados en una batalla urbana es muy limitada, por lo que los alemanes tenían miedo a una lucha callejera que les impondría muchas bajas en hombres y en recursos para aprovisionar a las tropas asaltantes.

En cuanto a la conquista de Noruega tengo que separar entre las causas de la ofensiva y el desarrollo de la misma:

Para las «causas» es clara la motivación financiera, pues las importaciones de «mineral de hierro» sueco a Alemania tenían un coste muy inferior al de otras fuentes, de ahí el interés germano de no encarecer su precio y desequilibrar su presupuesto.

En caso de inactividad, los alemanes corrían el riesgo de que quedase interrumpido dicho suministro, debido a que los Aliados –principalmente Gran Bretaña– tenían proyectado minar las salidas al mar de las costas noruegas; por ellas se transportaba dicho hierro desde Suecia hasta Alemania. Para evitar esta situación, el alto mando alemán decidió una rápida conquista de Noruega, con sus vitales puertos situados en el fondo de los amplios fiordos escandinavos.

Por lo que respecta al «desarrollo militar de la campaña» hallo tres circunstancias de especial interés para el tema que expongo:

En primer lugar, el **mejor adiestramiento y aprovisionamiento** de las fuerzas aéreas alemanas –conocidas como Luftwaffe– que derivaba de las fuertes inversiones públicas en armamento durante la preguerra y que contrastaba con el estado embrionario de la Royal Air Force (R.A.F.) británica.

Para MURRAY, W. y MILLETT, A.R. «La tozuda negativa polaca a abandonar sus regiones industrializadas cerca de la frontera alemana hizo que una situación que era difícil pasara a ser insostenible (...). La situación económica de Polonia también influyó en la decisión de retrasar la movilización, pero el resultado final fue que Polonia no movilizó sus fuerzas hasta el 29 de agosto. Al empezar la invasión el 1 de septiembre, solo una tercera parte de las unidades del ejército polaco contaban con todos sus efectivos (...). Vid.: *La Guerra que había que Ganar* Barcelona: Crítica 2006, p. 81.

En efecto, la capacidad de enviar fuertes contingentes de aviones de caza, principalmente Me-109 de gran aceleración y maniobrabilidad, desde la recién conquistada Dinamarca, llevó a dominar los cielos del sur de Noruega, lo que permitió a los germanos actuar con la rapidez que un ataque con desembarcos anfibios y aerotransportados requería. Además, las dotaciones de bombarderos pesados –tipo He-111, Ju-88 y Do-17– estaban en un estado de mantenimiento mucho más preciso que sus equivalentes aliados Wellington⁸.

En segundo término, a pesar de la «inferioridad numérica de la flota alemana frente a la británica», la celeridad con que se llevaron a cabo los desembarcos alemanes en Noruega –que, en ocasiones, se adelantaron solo por pocas horas a las tropas de refuerzo aliadas que se dirigían hacia allí–, me lleva a destacar la actuación del servicio secreto alemán.

El adelanto a las operaciones aliadas se debió a algo más que la suerte, ya que la planificación alemana era muy rigurosa y la orden de ataque se dio de manera algo atropellada y repentina, probablemente tras un aviso de la inteligencia germana sobre los movimientos de buques y tropas aliados con destino a los fiordos escandinavos. La correcta dotación de hombres y equipos del «espionaje alemán», frente a la peor financiación y medios aliados, tuvo su parte de mérito –o culpa– en el resultado bélico final.

Finalmente, hay que llamar la atención del lector sobre «el mejor estado de abastecimiento sobre el terreno» del que gozaron los alemanes.

Así, en la zona de Narvik, donde desembarcaron tropas de ambos contendientes, a pesar de su aislamiento y de la superioridad naval británica, los alemanes fueron capaces de resistir hasta que los aliados fueron reembarcados por la victoria germana en Europa contra Francia⁹. La preparación previa y la dotación financiera para equipar a sus tropas fueron factores esenciales en la victoria final en dicha localidad.

No obstante, no se debe olvidar que a primeros de mayo –10 de mayo de 1940– los alemanes desencadenaron la ofensiva sobre Holanda, Bélgica, Luxemburgo y Francia. Esto minó la decisión francesa de mantener tropas en Noruega –que eran necesarias para defender el suelo patrio– y la británica, ante el riesgo de una conquista de los puertos franceses del Canal de la Mancha por

8 Evidentemente la distancia entre Alemania y Noruega es inferior a la de las Islas Británicas y el estado escandinavo, por lo que la autonomía de vuelo estaba también a favor de los alemanes quienes, además, ocuparon en el primer día de la ofensiva –9 de abril de 1940– el estado de Dinamarca, con lo que se pudieron emplear aeródromos más cercanos todavía.

9 LIDDELL HART, B., indica que «una vez que los alemanes se habían establecido en Noruega, el mejor modo de inutilizarlos habría sido cortarles las vías de aprovisionamiento y de refuerzos. Esto se podría haber conseguido cortando el paso en el Skagerrak entre Dinamarca y Noruega. Pero a pesar de estar todo esto tan claro, el Almirantazgo, por miedo a los ataques aéreos alemanes, no se decidió a enviar sino submarinos al Skagerrak. Es una prueba del efecto del poder aéreo sobre el poder naval que el Almirantazgo no había conocido anteriormente (...)». *Ibidem*, p. 78.

los alemanes. Todo ello condujo a la retirada final aliada de Noruega y a la ocupación definitiva del país por los germanos.

B) Batalla del Atlántico

El siguiente conjunto de operaciones bélicas de las que me voy a ocupar en relación con la Segunda Guerra Mundial son las que se desarrollaron a lo largo y ancho del océano Atlántico y que tomaron el nombre de dicha masa de agua. Como es lógico –al igual que sucedió en la Primera Contienda Mundial– los países aliados optaron por un bloqueo comercial a Alemania, dificultando su acceso al mar del Norte y, más todavía, a las salidas libres del océano Atlántico. Del mismo modo, los alemanes contestaron con un contrabloqueo submarino que pretendía ahogar económicamente a Gran Bretaña, por la dificultad de abastecimiento de alimentos básicos y de materias primas.

En todo ello se vislumbran los efectos hacendísticos, puesto que el correcto equilibrio del presupuesto radicaba en obtener ingresos derivados de la exportación de mercancías, al mismo tiempo que se lograra un adecuado abastecimiento de las mismas; de esta forma, era preciso que los productos de primera necesidad no alcanzaran un coste excesivo –lo que desnivelaría los ya maltrechos presupuestos públicos de guerra– o, incluso, se diera lugar a un desabastecimiento efectivo de la población y de la industria. Todo conduciría a un colapso tanto financiero como de los productos de primera necesidad¹⁰.

Los combates duraron toda la guerra, pero la parte más importante de la confrontación tuvo lugar desde el principio hasta, más o menos, el otoño de 1943, en que la marina alemana fue derrotada por los aliados. Durante la campaña destacaron numerosos sucesos bélicos, siendo los más relevantes a efectos de ingreso-gasto público los siguientes:

- La campaña del «acorazado de bolsillo alemán *Graf Spee*».

Este buque navegó en aguas del Atlántico sur y del Índico hasta el 13 de diciembre de 1939, cuando combatió en la llamada *batalla del Río de la Plata*, frente a las costas argentinas y uruguayas¹¹. Su misión de corsario se centró en el hundimiento del tráfico mercante –principalmente inglés– de la zona. Sin embargo, tenía una fuerte limitación en cuanto a sus reservas de munición, por lo que periódicamente se citaba en alta mar con su buque cisterna –el

10 Para una consulta interesante de los efectos en los presupuestos de los países beligerantes de la Batalla en el Atlántico, véase: OVERY, R.: ¿Por qué ganaron los Aliados? Barcelona: Tusquets Editores 2011, pp. 49 y ss.

11 Un tratamiento detallado de las operaciones del *Graf Spee*, su forma de actuar y aprovisionarse, de la Batalla del Río de la Plata y de su trágico final, se puede leer en: VON VEREITER, K.: *Historia de la II Guerra Mundial*. Barcelona: Petronio 1973, tomo I, pp. 79 y ss.

carguero *Altmark*—. Era pues necesario el mantenimiento de ambos buques tan lejos de Alemania, lo que suponía un importante esfuerzo logístico que estuviese correctamente respaldado por la financiación de la economía de guerra alemana.

- La citada «batalla del Río de la Plata», que supuso un combate entre el *Graf Spee* y tres cruceros aliados: *Exeter*, *Aquilles* y *Ajax*.

El resultado estuvo condicionado por dos aspectos: primero, la falta de radar en ambos bandos –motivado en el inglés por las dificultades financieras de inicios de la contienda–, lo que condujo a una batalla de cañoneo similar a la de épocas antiguas; segundo, el alcance por disparos en la zona de las cocinas del buque alemán, lo que, ante el estado de suministro precario en que se hallaba, fue la causa de que su capitán optase por refugiarse en el puerto neutral de Montevideo.

El resultado de las negociaciones en Uruguay es bien conocido, ya que la presión del Gobierno británico –en virtud de sus importantes créditos contra el país sudamericano– hicieron que, en vistas de una hipotética exigencia del pago de su deuda pública a Gran Bretaña –hecho que no podían permitirse–, condujo a que se obligara al *Graf Spee* a que abandonara Montevideo; todo ello sin terminar sus reparaciones y con la salida del puerto bloqueada por la flota aliada. Su capitán –Langsdorff– decidió hundirlo en la misma boca del puerto, para evitar su destrucción a manos aliadas y, posteriormente, se suicidó en la capital uruguaya.

Circunstancias aparte, lo que sí es claro es que la negociación diplomática estuvo totalmente condicionada por la deuda uruguaya con Inglaterra, hecho que no ocurrió, en cambio, con Alemania.

- El hundimiento del acorazado inglés *Royal Oak* por el submarino alemán *U-47* en la base inglesa de Scapa Flow.

Esta acción militar destacó por sus dificultades, pues el capitán del sumergible –Prien– logró infiltrarse en la rada del puerto y torpedear al gran barco británico. Sin embargo, dejando al margen la destreza del capitán alemán que fue indispensable para el éxito, nada de ello se habría producido si la base hubiese contado con las redes de protección antisubmarinas que impedían el paso a los buques sumergidos. Al mismo tiempo, si los ingleses hubiesen dispuesto de un sistema de escucha de radiogoniómetros que podían captar emisiones o ruido bajo el agua, también habría sido más complicado el ataque de Prien. La escasez de presupuesto inglés en materia bélica al inicio de la contienda, les impidió desplegar dichas medidas de protección y les costó el gran buque.

- Las operaciones de los submarinos alemanes en las llamadas «manadas de lobos».

Estas consistían en avisarse unos sumergibles a otros cuando avistaban un mercante o un convoy aliado para así sumar sus fuerzas y realizar conjuntamente el ataque. Esta maniobra fue diseñada por el jefe del arma submarina, el almirante Dönitz, quien trataba de evitar así excesivos hundimientos de sus escasas fuerzas por los escoltas aliados. La insuficiencia de recursos financieros para dedicar a la construcción de nuevos barcos alemanes –ya que el grueso de la producción se dirigía al ejército de tierra– hacía que se tuviese que adoptar esta técnica bélica que, si bien tuvo sus grandes éxitos en un principio, al final fue derrotada al concentrarse también en grupos más numerosos los buques de superficie aliados.

- El apoyo norteamericano a Gran Bretaña.

Esta ayuda se disimuló –al ser Estados Unidos un país neutral hasta finales de 1941– con una «Ley de Préstamo y Arriendo», por la que cedían 50 destructores de escolta a los ingleses a cambio de algunas bases militares en Terranova e Islandia. Es claro que el apoyo económico de Estados Unidos inclinó claramente la balanza a favor aliado, porque, además de prestar esas unidades, se proporcionaban escoltas para una parte del trayecto de los mercantes desde América a Europa¹²; además, se demoraba el pago de toda la ayuda hasta más adelante, admitiéndose bonos del tesoro británicos pagaderos al término de la guerra, lo que contribuyó a solventar los problemas financieros de Gran Bretaña¹³.

- La dotación financiera por parte del gobierno inglés a sus sistemas de espionaje y de descifrado de información.

Ello condujo a lograr las claves «de la máquina alemana Enigma», permitiendo conocer sus mensajes codificados y adelantarse a sus

12 Las palabras de BUSCH, H., son duras a este respecto: «Pero en el mes de septiembre de 1940, los Estados Unidos, violando las leyes de la neutralidad, transfirieron a Inglaterra cincuenta destructores, que inmediatamente entraron en servicio. Como se aproximaba el invierno y la proyectada invasión parecía descartarse, los destructores británicos volvieron otra vez a escoltar a los convoyes. Las condiciones que tan favorables habían sido para los submarinos alemanes en los meses precedentes, ya no se presentaron más (...)». Vid.: *Así fue la guerra submarina*. Barcelona: RBA 2007, p. 57.

13 Como escribe FULLER, J.F.C.: «El peligro crucial que amenazaba a Inglaterra no era el ataque directo alemán, ni las tentativas de aproximación indirecta. La batalla de Inglaterra había sido ganada y la del Mediterráneo estaba desarrollándose favorablemente; la única en que Inglaterra libró una desesperada acción de retaguardia, seguía en vigor: era la batalla del dólar. Sin dólares con los que pagar sus víveres, municiones y barcos, se enfrentaba a la bancarrota estratégica. Hasta aquel entonces lo había ido pagando todo al contado, utilizando sus divisas extranjeras; pero a finales de 1940, había llegado al fondo de su baúl de dólares, y a menos de volver a llenarlo, no le quedaría más remedio que una paz negociada. Tan desesperada era la situación, que el 8 de diciembre Mr. Churchill, en una larga carta a Roosevelt, le informaba de que se acercaba el momento en que no podría realizar más pagos». Vid.: *Batallas decisivas del Mundo Occidental*, Tomo V. Barcelona: RBA 2005, pp. 136 y 137.

operaciones militares, principalmente las comunicaciones entre Dönitz y sus submarinos.

- La generalización del sistema de navegación en convoyes.

Esta táctica de guerra, derivada de la gran potencia financiera de Estados Unidos, permitió, desde mediados de 1942 –tras un periodo de seis meses en los que los alemanes hundieron con facilidad mercantes aliados en el Caribe (los llamados «buenos tiempos»)–, escoltar a los cargueros todo el viaje interoceánico sin que tuviesen que navegar en solitario. Así se llegó a la derrota final del arma submarina alemana en 1943 e impidió que surtiese el efecto deseado del ahogo fiscal inglés.

- Las dificultades financieras a las que tuvo que enfrentarse Alemania desde finales de 1942 llevaron a que no se pusieran en funcionamiento algunos inventos decisivos que habrían cambiado el signo de la batalla del Atlántico.

Entre ellos destaco tres: el radar de detección submarina, el «snorkel» para abastecimiento de aire y recarga de baterías de los sumergibles sin tener que emerger –que se empezó a utilizar cuando la guerra ya estaba decidida–, y la construcción en masa de submarinos eléctricos avanzados –tipo *U-XXI*–. De estos últimos se botaron muy pocos, los cuales podían estar mucho más tiempo sumergidos sin repostar y eran mucho más silenciosos que los modelos anteriores.

Todo ello llevó a la derrota alemana, como indiqué, en el otoño de 1943, cuando las cifras de hundimientos de los mercantes aliados bajaron drásticamente y los sumergibles alemanes eran eliminados en gran número. En dicha fecha finalizó la parte más virulenta de la batalla del Atlántico, aunque el final efectivo de la misma se produjo a la vez que el resto de la Segunda Guerra Mundial.

C) Inglaterra y León Marino

La batalla de Inglaterra es uno de los episodios bélicos de la Segunda Guerra que todo el mundo conoce y desconoce a la vez; conoce, porque al que más y al que menos le suena la frase de Churchill de «nunca tantos debieron tanto a tan pocos», ya que el primer ministro británico era una persona bien dotada para el marketing y los eslóganes publicitarios. También al más común de los mortales le suena que fue una confrontación entre aviones y que los alemanes perdieron mucho más que los ingleses.

Por el contrario, se desconoce (en cuanto a detalles) el resto de lo que aconteció en el verano de 1940 –principalmente en los meses de agosto y septiembre– y es ahí donde hallo connotaciones financieras a la actividad militar.

La situación a finales de 1940 no era muy halagüeña para los británicos, pues, tras la rendición de Francia y la toma del Benelux por los alemanes, el Reino Unido quedaba luchando en solitario frente a los germanos –dejando al margen la ayuda más o menos encubierta de los Estados Unidos–.

En este sentido se ha debatido mucho sobre la voluntad real de Hitler respecto a una invasión de Gran Bretaña: la llamada «Operación León Marino». Se afirma que, en este momento, buscó un acercamiento con los ingleses para tratar de alcanzar una paz que consolidase sus conquistas en Europa continental¹⁴.

No soy yo quién para enjuiciar la realidad o no de este deseo del dictador alemán, pero lo que sí es cierto es que no se actuó con la premura y la previsión necesarias para una invasión real de la isla de Gran Bretaña, lo que denota una dejadez más propia de un deseo –o de una maniobra diplomática– que de una voluntad concreta de intentar un desembarco anfibio¹⁵. Y en este aspecto encuentro un matiz de ingreso-gasto público que pudo ayudar a formar la mente de Hitler, que consistía en la precariedad con que se afrontaban los gastos militares para el verano de 1940, tras la victoria, –pero también los costosos dispendios de la misma– sobre Francia.

En efecto, el ejército de tierra necesitaba un descanso y un aprovisionamiento, principalmente las divisiones blindadas que habían llevado el grueso de las operaciones en los meses de mayo y junio; para ello, era preciso recaudar las sumas suficientes para poner en funcionamiento la industria de guerra, y hacía falta tiempo para ese objetivo, del cual no se disponía si se quería aprovechar la apropiada climatología veraniega para efectuar un ataque anfibio al sur de Inglaterra. En consecuencia, el número de efectivos para ello se reduciría

14 En opinión de LIDDELL HART, B.: «(...) resulta evidente que Hitler contaba con obtener del Gobierno británico un compromiso de paz, en los términos favorables que él estaba dispuesto a conceder, ya que a pesar de todas sus grandes ambiciones no deseaba forzar el conflicto con Inglaterra hasta conclusiones decisivas. Ciertamente, Hitler había dado a entender a los generales alemanes que la guerra terminaba, al conceder permisos y desviar parte de la Luftwaffe hacia otros frentes. Además, el 22 de junio ordenó la desmovilización de treinta y cinco divisiones (...)». *Ibidem*, p. 105.

Más adelante (págs. 106 y ss.) el mismo autor detalla los hipotéticos planes de invasión anfibia de Inglaterra, que consistían en ideas bastante difíciles de poner en la práctica.

15 Como escriben MURRAY, W. y MILLETT, A.R.: «Un desembarco anfibio en las Islas Británicas nunca fue una opción seria. Pocos militares de alta graduación alemanes tenían idea de las complejidades de semejante operación. Tanto Keitel como Halder se referían al problema como si se tratara de cruzar un río. El ejército mismo trazó un plan para la operación León Marino que solo puede calificarse caritativamente de mal informado de los requisitos navales. La marina, a la que después de lo de Noruega solo le quedaba un crucero pesado y dos cruceros ligeros, no estaba en condiciones de ofrecer ayuda en serio. Los ingleses habían destacado cuatro flotillas de destructores (aproximadamente 36 buques) a lo largo de la costa meridional mientras la flota metropolitana se encontraba preparada para intervenir, por lo que una operación anfibia alemana no tenía ninguna probabilidad de salir bien (...). Finalmente, las embarcaciones de desembarco propuestas para la operación León Marino, a saber, barcazas del río Rin sin ninguna capacidad marinera, revelan la escasa atención que se prestó al asunto y la total falta de preparativos para la guerra anfibia por parte de la Wehrmacht (...)». *Ibidem*, pp. 132 y 133.

considerablemente, lo que redundaría en un riesgo excesivo para llevar a buen fin la campaña.

En cuanto a la marina alemana, la situación era mucho peor, debido a las importantísimas bajas que sufrió en la toma de Noruega a la que ya he aludido, y cuya recuperación era casi imposible, dado el estado de las finanzas alemanas que no le permitían dedicar prácticamente ningún recurso a la construcciones de grandes unidades navales de superficie; de ahí que el esfuerzo de guerra se dedicase, y siempre de forma limitada, al arma submarina ya comentada. Por lo tanto, se carecía de lanchas de desembarco –tipo LTD, como las que los aliados emplearon en Sicilia o Normandía, que podían deslizar una rampa y permitir así bajar a los soldados– y solamente se disponía de barcasas de poco calado para efectuar el transporte por mar; esto hacía muy arriesgado el desembarco de fuerzas pesadas y se debía dedicar un gran esfuerzo para conquistar un puerto que permitiera atracar a los cargueros que trasladasen las hipotéticas fuerzas mecanizadas y la artillería.

Pero todo ello no eran sino posibilidades teóricas, ya que era muy complicado que la marina alemana pudiese trasladar y escoltar a dichas barcasas a la costa inglesa y, al mismo tiempo, resistir los ataques de la poderosa marina británica. Esta razón fue una de las principales para que el ejército de tierra alemán no llegara a creer firmemente en la posibilidad de tal ataque anfíbio.

Finalmente, por lo que respecta a la aviación alemana, debo señalar que había tenido un desgaste importante en la batalla de Francia, lo que hacía también conveniente el que dispusiese de unos días de recuperación y de aprovisionamiento, tanto de munición y combustible, como de personal –pilotos e instalaciones de tierra–. Hacían falta los ingresos de los que carecía Alemania a finales de junio de 1940.

Todas estas razones me mueven a pensar que la propaganda acerca de una invasión de Inglaterra eran cortinas de humo diplomáticas, ya sea para forzar a la citada propuesta de paz o para encubrir el deseo último de Hitler de atacar al este –la Unión Soviética–, para lo que estaba todavía menos preparado y de ahí que precisase de prácticamente un año –hasta finales de junio de 1941– para lanzar su ataque en Rusia¹⁶.

16 HEIBER, H., indica que «Numerosos indicios abonan la teoría de que en el fondo, y a pesar de sus contradictorios arrebatos ocasionales, el 'León marino' no fue, para Hitler, más que un farol de gran alcance. Aunque Inglaterra había rechazado su oferta de paz, Hitler consideraba al imperio insular lo bastante afectado, abatido y derrotista –a lo que hay que sumar los éxitos en la lucha contra el aprovisionamiento de la isla, cosechados por los ataques de los submarinos y los bombardeos de Londres y otras ciudades– como para que la amenaza de una invasión obligase a los británicos a caer de rodillas para recibir el golpe de gracia. A lo largo del verano y otoño de 1940 Hitler confió en esta posibilidad. Pero, aunque en contra de lo que cabía esperar no se cumpliría, Hitler no estaba dispuesto a aventurarse a una empresa calificada por él mismo como enormemente arriesgada y de última oportunidad. Él pensaba que había otras posibilidades, otros caminos, para alcanzar el éxito con menos riesgo». Vid.: *Hitler*. Barcelona: Salvat 1995, p. 137.

Resultado de lo anterior fue un mes de julio en el que no hubieron prácticamente operaciones militares de importancia entre Alemania y Gran Bretaña –dejando al margen ataques costeros de aviación o movimientos navales de poco calado– y hubiera que llegar a agosto para que se iniciase la llamada «batalla de Inglaterra» propiamente dicha, es decir, la confrontación en el aire entre la *Royal Air Force* y la *Luftwaffe*.

Pienso que la decisión hitleriana de atacar únicamente por el aire no se debió a un ataque preventivo para conseguir la supremacía aérea y permitir así un fácil paso del Canal de la Mancha de las tropas terrestres germanas para una invasión. El motivo fundamental fue tratar de minar la moral británica y de bombardear sus instalaciones industriales y militares del sur de la isla para que los británicos estuviesen más predispuestos a las conversaciones de paz. El ataque aéreo alemán sobre Inglaterra se inició el 13 de agosto de 1940 con lo que los alemanes denominaron pomposamente como el «día del águila». Desde ese momento hasta aproximadamente mediados de septiembre del mismo año se sucedieron una serie de *raids* o ataques aéreos de formaciones alemanas sobre diferentes objetivos en suelo inglés. En un principio fueron los puertos, los radares¹⁷ y los aeródromos los más castigados, hecho que parecía ir de acuerdo con un deseo de invasión anfibia –si bien ya he indicado que todo ello no era más que propaganda diplomática–, pero, a raíz de un error de bombardeo alemán el 24 de agosto, por el que se atacó el puerto de Londres matando a habitantes civiles de la zona, los ingleses se vieron con el derecho a replicar del mismo modo bombardeando Berlín. Ello significó un giro decisivo de los acontecimientos, ya que Hitler ordenó una ofensiva a ultranza sobre Londres que significó grandes pérdidas para la aviación alemana.

No obstante lo anterior, que es lo comúnmente aceptado en los libros de Historia, puedo aventurar una nueva hipótesis, basada en la materia financiera y que consiste en que, a esas alturas –después de 10 días de fieros combates aéreos–, las dotaciones de personal y de armamento alemanas empezaban a escasear, lo que hacía necesarias nuevas consignaciones presupuestarias para afrontar dichos gastos, y como Hitler estaba pensando en la invasión de la Unión Soviética, no se podía contar con muchos créditos para este tipo de partidas.

Además, el cambio de actitud se vio favorecido por el bombardeo al azar de Londres por parte alemana y por la réplica inglesa sobre Berlín. En ese momento

17 Hay que llamar la atención sobre la importancia que tuvo el radar en esta batalla. Como indica VON VEREITER, K.: «Ya desde algunos años antes de la guerra, se estaba investigando en el Reino Unido en las características de las emisiones de ondas que tenían la facultad de reflejarse al encontrar un cuerpo de una cierta densidad (...). También los alemanes estaban trabajando en esas ondas dirigidas, pero sus adversarios desarrollaron el procedimiento con antelación y así se hizo posible ponerlo en marcha durante la batalla de Inglaterra». *Ibidem*, pp. 145 y 146.

Hitler decidió «castigar» a los británicos tratando de reducir su capital a cenizas, con lo que se agruparon los esfuerzos germanos principalmente en ella. De esta forma era mucho más fácil concentrar un grupo de aviones para un *raid* sobre la capital británica, que varios dispersos, pero que también precisaban cada uno del correspondiente acompañamiento de caza y de armamento. Esto resultaba más barato y pudo ser una razón más de la alteración de los objetivos estratégicos.

Más aún, encuentro otra razón para argumentar mi postura en que, tras el fin de los bombardeos diurnos en septiembre, la *Luftwaffe* prosiguió con los nocturnos, siguiendo con el llamado *Blitz* u ofensiva continuada de bombardeo sobre dicha capital. Técnicamente hablando, hubiese sido más favorable al desarrollo militar el atacar objetivos industriales en otras partes del país, pero el grueso seguía siendo los núcleos de población londinenses, lo que denotaba un medio de mantener a la opinión pública –tanto alemana como británica– entretenida con los horrores de tal bombardeo y, a su vez, poder utilizar menos recursos en el oeste para concentrarlos todos en el este.

Al margen de estas consideraciones más genéricas, encuentro a lo largo de esta batalla dos aspectos en los que influyó la actividad financiera:

Primero.- El modo en que los «alemanes organizaban sus fuerzas en cada *raid*». Agrupaban sus cazas en dos grupos principales, uno de escolta de sus bombarderos y otro que se dedicaba a buscar y atacar a los cazas defensores de la RAF¹⁸. Pero esta estrategia, que en un principio dio sus frutos al conseguir un volumen de bajas en ambos bandos, casi similares en cuanto a cazas derribados, tuvo que abandonarse ante los crecientes derribos en los bombarderos más pesados –tipos He-111 y Ju-88–. La causa estaba en que los cazas que se utilizaban para escoltarlos eran los del tipo Me-110, más lentos que los Me-109, que atacaban directamente, siendo los 110 más fácilmente abatidos por los rápidos Hurricane y Spitfire ingleses.

Sin embargo, la producción de cazas tipo Me-109 era mucho más cara que la de Me-110, lo que no permitía una acelerada reposición de los derribados, por lo que, se tuvo que variar el sistema de los *raids* para dotar de más Me-109 de escolta, quitándolos –ante la falta de un número suficiente para todas las tareas–, de las misiones de enfrentamiento con los ingleses o *hunt* en inglés. La paradoja de todo ello fue que, a pesar de incrementarse la protección, aumentó también el número de los bombarderos eliminados, debido principalmente a que los aviones ingleses pudieron concentrarse más fácilmente sobre ellos al no tener que preocuparse de los Me-109 en misión de *hunt*. Consecuencia:

18 Hay que advertir que un número menor de cazas también se destinaba en ocasiones a ametrallar los objetivos en tierra –principalmente aeródromos– o a patrullar las costas del Canal de la Mancha, con la finalidad de proteger a los bombarderos alemanes que volvían de los *raids*.

la falta de presupuesto para construir más Me-109, o reparar los existentes, condicionó de manera fundamental el desarrollo de la batalla de Inglaterra.

En este argumento puedo profundizar todavía más, puesto que los Me-109 tenían un alcance muy limitado en autonomía y no podían dirigirse a zonas del interior de Gran Bretaña, por lo que se propuso el equiparlos con depósitos de combustible suplementarios, cuyo coste era también muy elevado, lo que hizo que esta medida, que podría haber extendido su alcance, se llevara a efecto en pocas ocasiones.

Segundo.- La inyección de moral y de dinero norteamericano a Gran Bretaña le permitió «sustituir las bajas sufridas en aparatos».

Con ello se contribuyó a una resistencia sostenida frente al invasor germano, siendo la principal debilidad no las disponibilidades presupuestarias, sino las humanas, al no poderse reemplazar de forma tan rápida como las máquinas a los aviadores británicos. Al final, tanto la ayuda de aviadores de otros países – canadienses, polacos, norteamericanos – como el final de los ataques alemanes en septiembre, minimizaron el riesgo importante en que se encontraba esta debilidad militar de la RAF.

D) Rommel y norte de África

Otra de las campañas más famosas de la Segunda Guerra Mundial fue la que se desarrolló durante cuatro años (1940-1943) en el norte de África y que supuso llevar la contienda bélica a todos los escenarios de dicha región, pues se combatió desde Marruecos hasta Egipto, incluyéndose en esta lucha los territorios de Etiopía y Somalia, conocidos entonces como el África Oriental italiana y británica.

Como es lógico no pretendo resumir aquí todas las operaciones militares de este teatro de operaciones, lo que nos llevaría a una monografía completa, sino solo a llamar la atención de las que tuvieron una motivación fiscal¹⁹.

En primer lugar, hay que señalar «el ataque italiano en el verano de 1940 desde Libia hacia las posesiones británicas en Egipto».

Además de las razones de gloria y de emulación del Imperio Romano que residían en la mente de Mussolini, hay que indicar que el pésimo estado del suministro de petróleo en Italia hacía indispensable encontrar nuevas fuentes del mismo y para ello nada mejor que acudir al territorio de Oriente Próximo y Oriente Medio, en manos inglesas. Era preciso invadir Egipto y a través del dominio del canal de Suez, impedir el tráfico mercante británico y desplazarse hacia la zona del golfo Pérsico, donde se hallaban los pozos petrolíferos.

¹⁹ Puedo remitir al lector a dos obras –si bien poco conocidas– excelentes para acercarse a la campaña africana: MACKSEY, K. J.: *AfrikaKorps*. Madrid: San Martín 1977 y FABIANI, C.: *La Segunda Guerra Mundial en África*. Barcelona: Bruguera, 1974.

A mayor abundamiento, con la interrupción del citado tráfico mercante por Suez se lograrían recaudar importantes sumas de dinero por la incautación e internamiento de los buques, lo que ayudaría a la depauperada hacienda italiana.

El resultado de la ofensiva es bien conocido, pues, debido también a la insuficiencia financiera italiana, no se dotaron a las divisiones atacantes de la precisa motorización –principalmente a la infantería–, lo que condujo a un avance por la costa detenido en torno a Sidi Barrani, donde los italianos se limitaron a construir posiciones defensivas.

Con posterioridad, los ingleses contraatacaron con su famosa 7ª División Blindada, al mando del general O'Connor, quien pienso que debería figurar entre los grandes personajes de la guerra en África por lo mucho que consiguió sin apenas medios humanos. Gracias a su excelente entrenamiento en el desierto y a su rapidez de desplazamiento, la 7ª División pudo recuperar todo el terreno perdido frente a los italianos, al mismo tiempo que empujarles de nuevo a Libia y llegar a conquistar la ciudad de Bengasi, haciendo gran número de prisioneros tras la célebre bolsa de Beda Fomm²⁰. Nada de ello se habría conseguido si los tanques y vehículos ingleses no hubiesen estado perfectamente suministrados, gracias a un correcto empleo de los fondos enviados a Egipto.

En segundo lugar tengo que referirme a la «conquista por parte de Inglaterra y sus aliados de la Commonwealth (Australia, India y Sudáfrica, principalmente) del África Oriental italiana» en 1941.

Ello fue posible porque las tropas italianas allí destinadas, al mando del duque de Aosta, no pudieron recibir los suministros apropiados al estar prácticamente aisladas y a la falta de fondos para poder acceder a un mercado de armas, provisiones y municiones. El Gobierno italiano no pudo enviar títulos al portador, ni transferencias de dinero o valores a Etiopía, lo que condujo a un colapso financiero que ayudó al aislamiento militar de la zona y a su posterior rendición –tras una resistencia prolongada y valiente, como en la batalla de Keren en las montañas interiores del país–²¹.

20 En palabras de FABIANI, C.: «El general O'Connor fue una de las más destacadas personalidades de la guerra en el desierto. Casi siempre se achaca a Wavell la paternidad de las operaciones que se desarrollaron durante aquella época, cuando en realidad fue O'Connor el verdadero creador y realizador de todas las operaciones que se llevaron a cabo hasta conseguir la total ocupación de la Cirenaica. O'Connor fue el primer general inglés que tuvo que resolver el problema de la mecanización adaptada al desierto, así como los difíciles problemas logísticos que se planteaban. Sus sucesores pudieron beneficiarse de su experiencia y de las disposiciones que adoptó.

Hacia finales de julio, el general O'Connor ordenó cubrir la frontera con la infantería y la artillería del grupo de apoyo de la 7ª División blindada, retirando los carros de combate hacia la retaguardia para crear una reserva móvil que pudiera concentrarse, en caso de necesidad, sobre el punto por el que se produjera la esperada ofensiva italiana. Rommel haría lo mismo meses más tarde, situando la infantería italiana en primera línea y formando una reserva con las unidades acorazadas alemanas». *Ibíd.*, p. 79.

21 Quiero hacer constar que frecuentemente se ha achacado a los militares y soldados italianos que participaron en la Segunda Guerra Mundial que no combatían con el ardor ni con la resistencia con que lo hacían los

En tercer lugar hay que mencionar la «figura del general alemán Edwin Rommel», quien con pocos medios materiales y personales logró mantener ocupadas a la mayoría de las divisiones de infantería, motorizadas y blindadas inglesas en Egipto y Libia durante 1941 y 1942.

En su epopeya puedo centrarme en tres aspectos importantes desde el punto de vista de la actividad financiera:

- Primero: «la insuficiencia crónica de recursos a los que se vieron sometidas las ofensivas alemanas», pues no sólo faltaba el combustible y la munición, sino también los recursos monetarios necesarios para pagar las soldadas y para la compra de víveres y agua –tan esencial en la lucha en el norte desértico de África–. De este modo, cada vez que Rommel iniciaba una campaña estaba impelido a realizar un avance lo más lejano posible, pues sabía que una vez que fuese detenido no podría rearmarse y seguir adelante, dejando al margen las ocasiones en que se apoderaba de suministros aliados que le permitían continuar. Por esta razón no pudo conquistar Tobruk en 1941, ni avanzar sobre El Cairo en 1942.
- Segundo: «el secreto para los ataques repentinos que cogieron por sorpresa a las tropas inglesas mucho más numerosas» estuvo en el conocimiento de los lugares más rápidos para cruzar el desierto de Libia, que Rommel había copiado de la ofensiva del general O'Connor y a los que añadió otros de su propio saber. De este modo conseguía envolver a los blindados e infantería aliados y hacerse con sus puestos de mando y de aprovisionamiento (como ocurrió con el propio O'Connor en 1941). En este caso, la «suficiencia de recursos y de medios de los ingleses jugaron en su contra», ya que, amparados en ella, actuaban frecuentemente con descuido o con la sensación de superar en gran número al enemigo, lo que hacía que no se tomaran las medidas preventivas oportunas; así ocurrió en la batalla de Gazala en 1942, en la que se mantuvo una reserva blindada por parte británica sin moverse, hasta que ya fue demasiado tarde.
- Tercero: «la creciente disposición de hombres, armas y municiones», derivada del poderío naval británico, así como de las dificultades alemanas de suministrarse a través de un mar Mediterráneo, prácticamente dominado por la flota aliada.

ingleses o los alemanes. Pienso que ello tiene bastante de propaganda –principalmente por parte alemana– para encubrir otros fallos propios echándole la culpa a la parte débil de su alianza (el Eje Roma-Berlín-Tokio). En el África Oriental italiana los soldados transalpinos se batieron con total denuedo y destreza y llegaron a poner en apuros a las fuerzas atacantes. Creo que si no hubiesen estado aislados habrían podido resistir e incluso haber realizado alguna ofensiva. Vuelvo a remitir al lector a la obra de FABIANI, C.: *La Segunda Guerra Mundial en África*, op. cit., para esta afirmación.

Todo hacía que, en el avance final hacia Egipto en 1942, Rommel se viera empujado a un ataque sin ninguna esperanza de victoria, pues era superado prácticamente en 2 a 1 en soldados y en 5 a 1 en blindados. Únicamente por las razones antedichas de la falta de medios financieros alemanes, le hacían mantener una ofensiva a ultranza pues el general alemán sabía, como así ocurrió, que en el momento en que cediese la iniciativa, tendría que retirarse y abandonar todo lo ocupado. Así sucedió a finales de 1942 cuando abandonó Egipto e incluso toda Libia²².

Finalmente, en cuarto lugar, hay que citar el «desembarco aliado –principalmente norteamericano– en Marruecos, Argelia y Túnez en otoño de 1942 (la llamada operación Antorcha)».

22 Aquí pienso que la magnitud de la victoria británica fue desmesurada, ya que vencer a las tropas del *Afrika Korps* de Rommel era cuestión de tiempo y «recursos». Con estos últimos se llevó un ejército muy numeroso a Egipto –el famoso 8º Ejército británico– que detuvo a los alemanes e italianos y reconquistó Libia. En cuanto a la figura del posterior mariscal Montgomery, disiento de la opinión de grandes tratadistas militares –seguro que ellos tendrán razón y yo estaré equivocado– que añaden grandes méritos bélicos y organizativos de este último general. Véase, en este sentido: NEILLANDS, R.: *Octavo Ejército. Del desierto a los Alpes. 1939-1945*, RBA, Madrid, 2007, en especial, pp. 237 y ss.

En cuanto a su capacidad bélica, creo que dio sobradas muestras de ser un general principalmente defensivo –algo bastante fácil con los numerosos medios con que disponía–, y ello se demostró por la escasa capacidad ofensiva que demostró cuando fue requerido a ello (doy cuatro ejemplos):

- Tras detener a Rommel en El Alamein en 1942, no le cortó la retirada (cosa que seguro hubiese logrado el propio Rommel u O'Connor) cuando el mariscal alemán abandonó la posición y, casi sin vehículos, huyó a Túnez.

- En los ataques aliados en Túnez y Sicilia en 1943, siempre precisó de excesiva preparación artillera (con gran despilfarro de recursos financieros y armamentísticos) para avanzar muy pocos kilómetros, hecho que hacía que pareciese más un general de la Primera Guerra Mundial que de la Segunda, en la que se avanzaba más deprisa y se tomaban menos precauciones.

- Después del desembarco de Normandía en 1944 en Francia, no fue capaz de tomar la ciudad de Caen hasta mucho tiempo posterior del inicialmente previsto y tras el empleo de grandes contingentes militares y de artillería –una vez más– desplegados para dicha conquista.

- Finalmente, en la ofensiva de Arnhem en Holanda en septiembre de 1944, donde dio muestras de no planear correctamente un asalto aerotransportado ni un avance veloz y eficaz, tal como comprobaré oportunamente en un epígrafe posterior de este trabajo.

Por lo que respecta a sus dotes organizativas, ahí pienso que residió su principal cualidad, porque supo mantener la moral de sus tropas sin lanzarlas al ataque hasta que no estuvieran totalmente –o excesivamente– preparadas y suministradas. Quizá el miedo a la derrota o a que hubiesen más bajas en el bando inglés pesó mucho en sus decisiones, al mismo tiempo que se construyó por la propaganda británica una figura que pudiese equipararse a Rommel o a otros generales norteamericanos que empezaban a llegar a Europa (Bradley o Patton). Algo parecido a lo que sucedió con Wellington y Napoleón dos siglos antes.

FRASER, D. contrapone las capacidades de Rommel y Montgomery del siguiente modo: «Las cualidades militares de Bernard Montgomery eran completamente distintas de las de Erwin Rommel (...). Montgomery era prudente, calculaba con cautela los riesgos y las ventajas y era proclive a asegurarse de todo con exceso (...). Montgomery no entraba nunca en batalla, cuando era posible, a menos que la situación fuera muy favorable (...). Rommel era un maestro de las maniobras en el campo de batalla, de la improvisación, un atacante. Montgomery nunca se permitió algo así y lo más probable es que no hubiera descollado. Por el contrario, emprendía precisamente el tipo de actuaciones en las que sobresalía. Y, en consecuencia, vencía porque contaba con los recursos para hacer exactamente lo que quería». Vid.: *Rommel. El Zorro del Desierto*. Madrid: La Esfera de los Libros 2004, pp. 402 y 403.

Sirvió para coger entre dos fuegos a las tropas germano-italianas de Libia y Túnez, no habiéndose podido desarrollar sin el creciente poder económico de Estados Unidos –que había entrado en guerra en diciembre de 1941–. Así, se inclinó decisivamente la balanza a favor de los aliados occidentales, es decir, en aquella época, Inglaterra y algunos aliados menores más, como el África Ecuatorial francesa; evidentemente, la Unión Soviética luchaba prácticamente una guerra paralela por su lado, como veremos en el siguiente apartado.

Sin embargo, el poderío financiero sirvió también –como en el caso inglés de Egipto– para dar un exceso de confianza a los estadounidenses y así se comprobó en el primer enfrentamiento serio que tuvieron con los alemanes en el «paso de Kasserine», a inicios de 1943, al sur de Túnez. En él, la 21ª División Blindada alemana arrolló a la 1ª División Blindada estadounidense, a pesar del mejor material y disponibilidad de fondos para sus soldados que tenían los aliados.

Como muestra de la escasez de recursos en Alemania, hay que mencionar que para esta serie de combates en Túnez solamente se pudieron enviar algunas unidades de los nuevos tanques *Tiger*; éstos tenían un gran blindaje y un poderoso cañón de 88 milímetros que podría haber inclinado la balanza a favor alemán, si se hubiese contado con los ingresos necesarios en Alemania para construirlos en mayor escala.

Como es bien conocido, la superioridad material aliada, lograron detener el ataque germano-italiano y en mayo de 1943 cayó la ciudad de Túnez, último bastión de la resistencia en África por parte del Eje, cerrándose este episodio y este continente a la Segunda Contienda Mundial.

E) Guerra en el este: Barbarroja y Stalingrado

El enfrentamiento que se produjo entre Alemania y sus aliados menores (Italia, Hungría, Rumanía, Bulgaria y Finlandia) contra la Unión Soviética entre 1941 y 1945 supuso el mayor esfuerzo bélico de toda la Segunda Guerra Mundial, tanto en el volumen de soldados implicados en la lucha, como en el espacio geográfico de las operaciones, en contraposición a la campaña del Pacífico, que disponía de un teatro estratégico más extenso, pero con una densidad de actividad bélica, así como de efectivos, mucho menor.

De todos los eventos bélicos registrados en el llamado «frente del este» por los alemanes o, «guerra patriótica» por los soviéticos, destacan los dos que reseño en el título de este epígrafe y en los que encuentro móviles de ingreso-gasto:

Por lo que respecta a la «operación Barbarroja», que supuso el ataque inicial del Eje y que duró desde el 22 de junio de 1941 hasta primeros de diciembre del mismo año (aproximadamente el 5-6 de diciembre, en que finalizó el avance alemán), hay que hacer hincapié en los tres aspectos siguientes:

- Primero.- «La falta de recursos financieros a largo plazo del ejército alemán».

Esto condujo a dos consecuencias esenciales para el desarrollo militar de «Barbarroja»: la primera, que era necesario obtener una victoria rápida (en la línea de la *Blitzkrieg* que había derrotado a Polonia, Noruega, Francia o Yugoslavia, por ejemplo), ya que, de otro modo, las reservas de combustible, munición y víveres para el ejército escasearían, ante las dificultades de obtención de activos e ingresos alemanes con los que sustituirlas. Ello condujo a una ofensiva a ultranza que condujo a un avance en ocasiones desmesurado que impidió una correcta consolidación del territorio obtenido, como se puso de manifiesto en las dificultades de reconstrucción de las vías férreas esenciales para la comunicación, ante la inexistencia de carreteras suficientemente asfaltadas y que, en las épocas de las lluvias y el deshielo –la célebre *rasputitsa* rusa–, desaparecían prácticamente en un montón de fango.

Tampoco se realizó una correcta explotación mercantil de las riquezas saqueadas que, de otro modo, deberían haberse administrado mejor para obtener ingresos a largo plazo. En este sentido, piénsese en la fértil Ucrania o en la industrial cuenca del Don-Donets.

La segunda consecuencia está muy relacionada con la anterior y es bien conocida por cualquier persona que se acerque a esta época histórica. Consiste en que, al igual que el ejército francés de Napoleón, se dijo que los alemanes se vieron frenados por el «general invierno» ruso, que impidió avanzar a sus vehículos y congeló a sus combatientes. Esta aseveración, si bien tuvo algo de cierto en cuanto a la ausencia (de nuevo por falta de recursos financieros para adquirirlos) de equipos de abrigo para la lucha contra el frío, no creo que fuese la causa fundamental de la paralización de la ofensiva alemana a primeros de diciembre. Sí es cierto que las temperaturas bajaron muchísimo, pero no lo es menos que el tremendo desgaste y la falta de repuestos a los que estuvieron sometidas las vanguardias germanas –sobre todo las blindadas– les impidieron tomar Moscú en dicha fecha, pues solo la nieve no fue la causa de tal paralización²³. Incluso puedo indicar que la llegada del invierno permitió congelar el barro que había hecho antes desaparecer las carreteras, con lo

23 Citando al propio general alemán GUDERIAN, H. en relación a su avance hacia el sur de Moscú: «El 2º Ejército acorazado continuaba ahora el avance sobre Tula. La única carretera Orel-Tula, sobre la que debía desarrollarse este movimiento, no estaba construida en manera alguna para soportar los vehículos y carros de combate pesados y se estropeó a los pocos días. Además de esto, los rusos, maestros en la destrucción, habían volado todos los puentes que quedaban a sus espaldas y en posiciones apropiadas habían establecido amplios campos de minas a ambos lados de la carretera. A lo largo de kilómetros hubo que construir caminos afirmados con troncos de árboles para transportar las escasas provisiones a las tropas. La fuerza de las unidades en marcha dependía menos del número de tropas disponibles que de la posibilidad de abastecerlas de combustible (...).» Vid.: *Recuerdos de un soldado*. Barcelona: Inédita 2008, pp. 306 y 307.

que se favorecía, en mayor o menor medida, el movimiento y la ofensiva²⁴. Las dificultades financieras condicionaron la ofensiva y también la terrible lucha en el frío sin prendas de abrigo, pero pienso que fue más decisivo el ataque sin reposo y sin mesura alemana²⁵.

- Segundo.- «El traslado a zonas del interior de la Unión Soviética de los núcleos industriales rusos, principalmente a Siberia». Esto permitió que no cayesen en manos alemanas –lo que también ayudó a que no se consolidase el avance del Eje antes mencionado– y también el que se reanudase en un año, aproximadamente, el volumen de producción necesario para sostener el esfuerzo bélico. Asimismo, los ingresos derivados de dicha fabricación sirvieron para llenar las arcas rusas con las que dotar mejor a sus soldados y efectuar las obras de infraestructura bélica necesarias para la guerra.
- Tercero.- «La continúa injerencia de Hitler en las decisiones de sus mandos militares», lo que supuso el desvío de importantes contingentes blindados para tomar la capital de Ucrania (Kiev), retrasando en un mes y medio el ataque final sobre Moscú.

Esta eventualidad, en cambio, tenía una buena razón de ser en cuanto a la obtención del trigo ucraniano y de las fábricas de Crimea, así como de los ingresos derivados de todo ello, por lo que pienso que no fue una decisión tan desacertada como a menudo se cataloga por los tratadistas del tema²⁶. Además, habría que pensar si la hipotética caída de la capital moscovita habría sido causa suficiente para obtener la rendición de los rusos o hubiese seguido la contienda a una zona más oriental. Puedo avanzar, incluso, que sin la toma de Kiev, los menguados recursos alemanes en cereales se habrían

24 Más aún, en el año siguiente, en diciembre de 1942, cuando los soviéticos lanzaron sus ofensivas alrededor de Stalingrado, el estado de congelación del terreno favoreció su avance y no perjudicó tampoco el intento de socorro alemán a dicha ciudad cuando estuvo sitiada. Por lo tanto, no se puede buscar como causa principal de la derrota el citado «general invierno».

25 En opinión de JUKES, G.: «(...) los generales alemanes debieron haber pensado en el invierno ruso; no cabe duda de que la *Wehrmacht* se vio seriamente obstaculizada por la falta de ropa de invierno, como puede comprobarse por la frecuencia de los casos de congelación y por la escasez de anticongelante, de lubricantes adecuados a las bajas temperaturas e incluso de grasa apropiada para proyectiles y cartuchos, pero tales inconvenientes, justo es decirlo, habían sido voluntariamente aceptados, ya que toda la campaña descansaba en el principio de la *Blitzkrieg*, por lo que una guerra invernal no cabía en los cálculos». Vid.: *La defensa de Moscú*. Madrid: San Martín 1982, p. 121.

26 Según JUKES, G.: «El objetivo primordial del Grupo Sur era Kiev, la tercera ciudad en importancia de la Unión Soviética, gran centro industrial, pero que era, a la vez, la llave de acceso a la todavía más importante región industrial de Jarkof, uno de los principales centros productores de maquinaria pesada, carbón y petróleo del país. Debido a la insuficiente red de comunicaciones, la mayor parte del petróleo del Cáucaso tenía que pasar, también, por el extremo oriental de esta región para llegar al resto de Rusia». *Ibidem*, p. 53.

visto más reducidos, con las lógicas dificultades de suministro en la propia Alemania. Ello habría conducido a un mayor desajuste financiero y a un menor aprovisionamiento de sus tropas.

Pasando a la batalla de «Stalingrado» (noviembre de 1942 a febrero de 1943), su nombre evoca la primera gran derrota militar de Alemania en la Segunda Contienda, lo que no deja de ser una exageración histórica, puesto que ya había sido vencida en el invierno de 1941 ante Moscú y fue, sobre todo, una razón de prestigio la que dio una fama tan desmesurada a la rendición del famoso 6º Ejército alemán entre las ruinas de la ciudad que llevaba el nombre de Stalin. En este caso hallo cuatro aspectos relacionados con la actividad financiera:

En primer lugar, «la mejor dotación de hombres y vehículos del ejército soviético» que derivaban, sin duda, de la producción de las fábricas que antes he señalado, así como de la ayuda aliada –principalmente estadounidense– que comenzaba a llegar vía el puerto ártico de Murmansk y de la ruta de Persia (Astracán) en el sur. Con ese apoyo y los ingresos derivados de su aumento de producción se pudieron equipar varios ejércitos blindados (en la terminología soviética un «ejército» equivalía a una «división»), sobre todo con los recientes carros de combate tipo T-34 o KV-1, que sobrepasaban en blindaje a los alemanes y que tenían una gran potencia de fuego²⁷.

En este sentido, el ataque realizado por los rusos consiguió aislar la ciudad de Stalingrado (casi tomada por completo por los alemanes en octubre-noviembre de 1942) por medio de dos ataques sostenidos por vehículos blindados en forma de tenaza²⁸.

27 Como escribe JUKES, G., en relación al ejército soviético antes de Barbarroja: «No obstante, poseía una notable ventaja cuantitativa en las fuerzas acorazadas, con treinta y cuatro divisiones acorazadas contra las veinte alemanas, si bien estaban dotadas con carros inferiores en su mayoría a los PzKw 3 y 4 alemanes, aunque empezaban a ser sustituidos por dos modelos formidables, el KV pesado y el T-34 medio: cuando se dispuso de estos en cantidad y las tripulaciones se familiarizaron con ellos, crearon a la Wehrmacht muchas sorpresas desagradables. En particular, el T-34 era una máquina muy avanzada para su tiempo y, aún ahora, los carros medios, no solo soviéticos, si no de todo país que los fabrique, participan de muchas de sus características. Pero en junio de 1941 había muy pocos T-34 y su manejo no era familiar a las unidades, por lo que poco podían influir sobre el conflicto armado que se avecinaba. La mayoría de las divisiones acorazadas soviéticas estaban equipadas con carros inferiores, como el BT-7 y el T-26, de cuyo total (unos 20.000, según se cree, pues los soviéticos nunca han dado a conocer su número exacto, probablemente para no reconocer la humillación de haber sido derrotados por solo 3.700 carros alemanes) no había más de 8.000 en condiciones de funcionamiento cuando atacó Alemania, sin que pasaran de 1.500 los de los nuevos modelos». *Ibidem*, pp. 30 y 31.

28 Se ha pretendido echar la culpa del aislamiento de Stalingrado a las tropas de los aliados menores de los alemanes que guarnecían los flancos de su 6º Ejército que luchaba en dicha ciudad; esta afirmación ha sido negada repetidas veces y como muestra cito las palabras de WALSH, S.: «Las formaciones rumanas e italianas que guarnecían los flancos del 6º Ejército no eran de una calidad comparable a las alemanas. Pero cargar sobre ellas la culpa del cerco y posterior aniquilación del 6º Ejército sería confundir causa y efecto. Las formaciones del Eje permitían al 6º Ejército concentrarse en Stalingrado, pero fue Hitler el que se empeñó en ello. Los alemanes sabían que sus flancos eran vulnerables, pero pensaban que la solución era tomar Stalingrado. No obstante, a finales de octubre estaba clara la imposibilidad de una victoria rápida. Ante los informes de una intensa actividad soviética, se apoderó de los alemanes una inercia inusual, como

En segundo término, la posibilidad de «rodear Stalingrado» estuvo favorecida por la ofensiva alemana del verano de 1942, en la que los germanos «intentaron apoderarse del Cáucaso y de sus zonas petrolíferas de Bakú y Maikop». Las razones financieras del precipitado avance en esta zona, con el consiguiente esfuerzo de expansión de unas zonas de suministro alemán muy débiles –apoyadas en el flanco izquierdo por el 6º Ejército encargado de la toma de la célebre ciudad–, hizo que los medios empleados fueran muy inferiores a los efectivamente necesarios para ello, con lo que no se logró alcanzar ninguno de los objetivos prefijados, siendo atrapados los ejércitos del Eje (alemanes, húngaros, rumanos e italianos) en la bolsa en torno a Stalingrado.

En tercer lugar, «la resistencia de los alemanes sitiados en la ciudad se vio muy mermada por la imposibilidad de un abastecimiento aéreo», que había sido prometido por el mariscal Göring y que no alcanzó el volumen mínimo necesario. La causa, una vez más, fue la insuficiencia de ingresos alemanes para equipar y construir una flota aérea completa y bien adiestrada para llevar a cabo un puente aéreo de abastecimiento.

Sin él, solo se podía esperar un rescate desde fuera –que intentó el mariscal alemán Von Manstein y que no logró por parte de su 4ª Ejército Panzer– o intentar una salida para romper el cerco al que estaban sometidos. Esta última posibilidad no fue ni siquiera intentada por el general Von Paulus, jefe del 6º Ejército, porque alegó no disponer de munición ni de vehículos –y pienso yo que tampoco de moral– para tantear dicha operación.

Finalmente no puedo dejar de mencionar la figura del mariscal ruso «Zhukov» quien estuvo presente en casi todas las victorias soviéticas de la guerra (sitio de Leningrado, defensa de Moscú, Stalingrado y toma de Berlín), lo cual no es una mera coincidencia, sino que era un general que comprendía perfectamente tanto la guerra moderna de blindados, como la idiosincrasia del ejército y del soldado ruso. La «plena disponibilidad de medios militares y financieros» con que le obsequiaba constantemente Stalin –a diferencia de otros mandos soviéticos como Koniev– le permitieron –junto con sus conocimientos militares– llevar a buen fin sus empresas bélicas. En este caso se puede notar la diferencia entre la obsesiva supervisión de Hitler en la mayoría (o en todas) las decisiones de sus generales, con la condescendencia e incluso con el dejar hacer de Stalin a los suyos. Cuestión aparte es la política estaliniana de purgas y asesinatos, hecho que excede, y con mucho, el objetivo de este ensayo.

si por ignorar el problema este fuera a desaparecer. Se contemplaba la posibilidad de una contraofensiva soviética, pero los alemanes no querían (o no podían) creer capaz al Ejército Rojo de efectuar una operación de envergadura y sofisticación suficientes como para atrapar al 6º Ejército, lo que constituía una grave subestimación del enemigo». Vid.: *Stalingrado. El cerco infernal*. Madrid: Libsa 2002, pp. 105 y 106.

F) Pearl Harbor

El nombre de este puerto de la isla de Oahu en las Hawai evoca un episodio bastante delimitado desde el punto de vista propagandístico en la Segunda Guerra Mundial, pues supuso el motivo de la entrada en guerra declarada de los Estados Unidos contra del Eje (Alemania, Italia y Japón) –pues ya he indicado que de forma indirecta estaban apoyando a Inglaterra en su lucha frente a Alemania–. Fue el inicio de la llamada «guerra del Pacífico», una especie de guerra casi separada dentro de la Segunda Contienda Bélica, aunque, como he indicado, se estaba combatiendo en el continente asiático en la guerra chino-japonesa desde 1937.

No me voy a detener en los detalles del bombardeo ni de la planificación por parte japonesa, así como en los datos de buques y aviones destruidos o averiados, pues poco tiene que ver con el propósito que me ocupa. Sí que voy a hacer hincapié en tres aspectos que, a mi parecer, ponen de manifiesto los condicionantes financieros en las decisiones cruciales que se tomaron antes y durante el día 7 de diciembre de 1941.

En primer lugar, y pienso que con carácter fundamental, está el hecho de que «la situación presupuestaria japonesa» estaba gravemente amenazada de una auténtica bancarrota, debido al embargo de chatarra y de otras materias primas por parte estadounidense, lo que hacía todavía más difícil sostener el precario equilibrio de las cuentas públicas niponas. Al no poder importar dichos productos, las industrias japonesas se verían obligadas a un cierre o suspensión de su producción, lo que conduciría también a un colapso bancario y financiero del país, al no conseguirse los ingresos derivados de la imposición sobre las citadas actividades.

Todo ello condujo a un estado de opinión que llevó al poder al general Tojo, con su creciente predisposición a una agresión bélica, lo que se tradujo en los deseos imperialistas y en la «expansión por la zona del este de Asia en la que se encontraban esas materias primas», principalmente Indonesia, en manos holandesas.

Por lo tanto, para poder atacar esa zona era preciso anular con antelación el poderío de Estados Unidos en la región y ello se consiguió mediante la conquista de las islas Filipinas –en poder norteamericano desde su victoria frente a España– y con el ataque a la Flota del Pacífico estadounidense surta en Pearl Harbor.

El segundo comentario que tengo que hacer en este tema está relacionado con la «decisión de realizar una ofensiva por parte de Japón en Pearl Harbor»; en efecto, el plan del almirante Yamamoto fue adoptado porque se pensaba que hundiendo a los grandes barcos norteamericanos en dicho puerto –principalmente sus acorazados y portaaviones–, la *Rengo Kantai* (Flota Combinada Japonesa) podría campar a lo largo y ancho del enorme océano Pacífico sin oposición. Además, Yamamoto pensaba –con razón– que, en el estado en que se encontraban

las finanzas niponas, no le sería posible a su país construir grandes unidades navales de superficie, ni aun reconstruir las pérdidas en combate –como así sucedió durante la guerra–, mientras que los Estados Unidos sí podrían poner su enorme industria al servicio de una economía de guerra. Todo este cúmulo de circunstancias pusieron a los altos mandatarios japoneses en la tesitura de tener que jugárselo todo a una única carta.

Finalmente puedo aportar mi pequeño granito de arena a una cuestión controvertida y fuertemente discutida por los historiadores, consistente en que, una vez lanzado el primer ataque sobre Oahu, se repitió la ofensiva con una segunda oleada de aviones, pero el almirante japonés «Nagumo no se atrevió a destinar una tercera fuerza para conseguir eliminar los depósitos de combustible, astilleros y aeródromos de la isla». Los motivos a favor y en contra, desde el punto de vista militar, son totalmente lógicos, pues un nuevo ataque podría haber puesto en peligro la flota de seis portaaviones de Nagumo, muy expuesta e infiltrada en el Pacífico Oriental, mientras que se supone que si se hubiese inutilizado del todo la isla, se habría podido ralentizar la reacción estadounidense casi medio año más.

Si se piensa en clave financiera de ingreso-gasto público, es claro que el miedo a perder alguno de los flamantes portaaviones de la *Rengo Kantai* era un factor muy a tener en cuenta por Nagumo, como así sucedió, y ello era debido a la imposibilidad de reconstruir unas nuevas naves de tal condición con la escasez de recursos con que contaba el Japón en aquellos momentos. Evidentemente el almirante no estaría en esos momentos barajando ningún tema económico ni de carácter presupuestario, pero sí que pensaría en los enormes esfuerzos financieros que su país tuvo que soportar para poder entregarle el mando de una flota tan bien preparada en aquel momento y, por ello, evitó ponerla en riesgo de ser detectada y atacada; de ahí que mandase finalizar la ofensiva y volver a sus bases de origen. El resto de la historia es bien conocida: como resultado del ataque y del hundimiento de parte de la Flota del Pacífico²⁹, Estados Unidos declaró la guerra al Japón, mientras que Alemania hizo lo propio con los estadounidenses un poco más adelante, en el mismo mes de diciembre de 1941.

G) Mar del Coral y Midway³⁰

Una vez examinado el ataque japonés inicial a Hawai me detengo en toda la guerra del Pacífico únicamente en dos batallas aeronavales que marcaron

29 La suerte para los norteamericanos fue que ninguno de sus dos grandes portaaviones –el *Lexington* y el *Yorktown*– se encontrasen fondeados en Pearl Harbor el día del ataque, pues estaban realizando misiones de transporte de cazas a islas vecinas. La casualidad –o la previsión si se considera que estaban sobre aviso de un ataque nipón– hizo que uno de los objetivos principales de los japoneses no se consiguiese.

30 Para una exposición detallada de estas dos batallas, véase: MILLOT, B.: *La Guerra del Pacífico*. Milán: SB Saggi 2003, pp. 182 y ss.

la contienda y que pusieron de manifiesto que en este sector de la Segunda Guerra Mundial era más importante el dominio del mar que de la tierra.

En la primera mitad de 1942 los japoneses mantenían la iniciativa que habían conseguido en diciembre de 1941 y dirigieron varios ataques con el fin de ampliar su esfera de seguridad y también para hacerse con las materias primas de las Indias orientales, que ya he mencionado. En este contexto, los japoneses cayeron en lo que se llama el «mal de victoria» porque se creyeron invencibles, y que cualquier operación que planeasen llegaría siempre a obtener buenos resultados³¹.

En consecuencia, en mayo de 1942 se planeó la invasión de Port Moresby, en el extremo suroccidental de la isla de Nueva Guinea, con la que se pretendía aislar dicha isla de Australia y convertirla en una especie de portaaviones gigante, con la que esperaban amenazar tanto a la propia Australia como al archipiélago de las Salomón; este último separaba –y dominaba– dicha zona de la ruta comercial que unía a Australia con América. La razón fundamental, por lo tanto, para dicha campaña era de carácter financiero, tratando de reducir los recursos australianos y, al mismo tiempo, aumentar los que obtenían los nipones en su expansión por todo el Pacífico sur.

La operación no pudo llevarse finalmente a buen puerto debido a que el servicio criptográfico estadounidense descifró el código naval japonés –al menos en parte– y se envió una fuerza de portaaviones para contrarrestar el avance sobre Port Moresby. El enfrentamiento entre la fuerza de cobertura nipona y la estadounidense se llamó la «batalla del Mar del Coral».

En este episodio militar destacó el hecho de que fue la primera batalla de la historia en que ambos contendientes no se divisaron directamente entre sus barcos, sino que fue la aviación embarcada la que atacó a los buques enemigos, sin producirse un cañoneo naval. La experiencia demostró que había pasado de moda la época de los grandes acorazados y de los enfrentamientos tipo *Trafalgar* o *Jutlandia*, y que el dominio del aire se extendía también al mar.

En el Mar del Coral ambos bandos perdieron un portaaviones (el *Shoho* japonés y el *Lexington* estadounidense) y también sufrieron daños de consideración el *Shokaku* y el *Yorktown* para cada contendiente. El desarrollo de la batalla

31 Como escribe HEALY, M.: «Es evidente que en este tiempo la forma de pensar de los japoneses se había visto afectada por un cáncer 'tan grande que sus efectos podían verse en todos los niveles del planeamiento y la ejecución de la operación Midway', y que iba a tener un profundo impacto en el resultado de la batalla. La irrupción de lo que posteriormente se diagnosticaría como la 'enfermedad de la victoria' tuvo sus orígenes en la especial y casi mitológica opinión que los japoneses tenían de sí mismos y de su nación, que ellos creían estaba destinada a ser *Sekai Dai Ichi*, o 'La primera del mundo' (...). Significativamente, esto junto a sus éxitos en los conflictos anteriores al comienzo de la guerra del Pacífico eran explicados en Japón no tanto por referencia a los factores materiales y técnicos como por el ensalzamiento de la dimensión moral de la guerra. Esto engendró un estado de ánimo por el que se creía que el *Nihon Seishin* (el espíritu innato japonés) haría que la nación triunfara sobre cualquier enemigo». Vid.: *Midway 1942*. Madrid: Ediciones Del Prado 1994, pp. 13 y 14.

estuvo condicionado por la ausencia de radar y por el miedo a lanzarse a fondo de los almirantes de ambas flotas. De nuevo el alto coste de reposición de los buques y aeronaves condicionó el resultado bélico.

Finalmente el asalto japonés a Port Moresby fue anulado ante la oposición norteamericana, con lo que una victoria táctica japonesa se convirtió en un triunfo estratégico aliado, debido a que no se pudo interrumpir el tráfico mercantil en la zona y el sur de Nueva Guinea siguió en manos australianas.

Al mes siguiente –junio de 1942– se produjo un encuentro más violento, y con menos precauciones que el anterior, alrededor del atolón de «Midway», situado al oeste de las islas Hawai.

Los japoneses querían atraer a los restos de la Flota del Pacífico estadounidense a una batalla final y, para ello, se montó la operación de ataque a dicho atolón –previo ataque de diversión al norte en las islas Aleutianas–, para que se respondiera al mismo y se enviaran los portaaviones restantes norteamericanos a repeler la invasión. De nuevo, los nipones planeaban sus operaciones militares pensando en que iban a desarrollarse tal y como las habían concebido, sin darse cuenta que, de nuevo, se pudo descifrar el objetivo de tal esfuerzo bélico, con lo que los estadounidenses conocieron de antemano que se preparaba algo importante sobre Midway.

En el transcurso de la batalla, Japón sufrió una importante derrota, ya que perdió cuatro portaaviones, mientras que los aliados solo uno. Con ello se canceló el ataque nipón y no se alcanzó la finalidad básica de destruir a los barcos norteamericanos. La consecuencia fue que los nipones perdieron la iniciativa en el Pacífico y se mantuvieron a la defensiva en el resto de la guerra, que se convirtió en una conquista paulatina de las cadenas de islas que los japoneses tenían en su poder, a modo de cinturón de seguridad de su propio archipiélago. La derrota en Midway se vio apoyada por algunos aspectos financieros:

- Primero.- «La escasez de pilotos aeronavales técnicamente preparados en Japón», que hacía que se empleasen con gran cuidado los existentes, como ocurrió en el ataque inicial a Midway, en el que el almirante Nagumo solamente envió a la mitad de sus aviones, con el fin de no exponerlos en su totalidad y mantener así una fuerza de repuesto. El resultado fue que no se inutilizaron del todo las instalaciones de la isla, por lo que pudieron enviar diversos ataques aéreos sobre la flota de Nagumo que debilitaron su protección aérea. Por esta última causa, cuando los aparatos de los portaaviones norteamericanos le atacaron, su cobertura aérea estaba desperdigada y no pudo evitar el bombardeo de sus propios portaaviones.
- Segundo.- Las dificultades financieras japonesas también limitaban el número «de torpedos de que disponía la aviación embarcada», por lo que se debía armar y rearmar los aviones de ataque con bombas de contacto o torpedos según lo requiriesen las circunstancias, en lugar de

especializar los aparatos. Por ello, mientras se encontraban en esa tarea de rearme, con las cubiertas de sus portaaviones repletas de explosivos, la ofensiva norteamericana fue especialmente destructiva y eliminó tres portaaviones en cinco minutos.

- Tercero.- A lo anterior se añade también la «poca dotación en medios antiaéreos de los japoneses», debido a que se empleó la totalidad de sus presupuestos militares a la construcción del mayor número de unidades navales, en lugar de construir menos pero mejor equipadas de dicha cobertura antiaérea. De este modo, en ausencia de sus propios cazas, los buques japoneses resultaban muy vulnerables al ataque aéreo, principalmente de los bombarderos en picado³².
- Cuarto.- Otra desventaja nipona frente a los aliados, causada por su menor potencia económico-financiera, era la «escasez de personal disponible para los astilleros». Esto se tradujo en la poca rapidez para volver a poner en funcionamiento buques averiados o inutilizados en anteriores combates. Como he indicado en la batalla del mar del Coral, los japoneses tuvieron que mandar a dique seco el portaaviones *Shokaku* y los norteamericanos al *Yorktown*; pues bien, mientras que los estadounidenses pudieron reparar el suyo en un tiempo récord de tres días, los nipones no hicieron lo equivalente, nivelándose así las fuerzas que, de otro modo, podrían haber dado una superioridad mayor a la *Rengo Kantai*³³.

En esta línea, otra consecuencia más del fallo de no haber atacado una tercera vez Pearl Harbor –como he indicado– y de no haber inutilizado totalmente sus astilleros fue que el puerto hawaiano estuvo en pleno funcionamiento, lo que permitió a los estadounidenses servirse de él para sus buques.

- Quinto.- Finalmente, hay que mencionar la «escasez de combustible» de los barcos japoneses, pues el grueso de las unidades de superficie niponas

32 HUMBLE, R. señala tres fallos en la Flota Combinada japonesa, fijando su atención en el tercero: «El tercer fallo residió en la débil protección antiaérea de sus buques –uno de los problemas más peliagudos que planteó la Segunda Guerra Mundial a todas las marinas–. Al final de la guerra del Pacífico, los buques aliados en servicio tenían un aspecto muy distinto al de 1941, llegaron a estar completamente erizados de cañones antiaéreos, montados en todos los rincones disponibles en cubierta y superestructuras. La flota de combate japonesa, en cambio, solo estaba defendida contra los ataques aéreos cuando contaban con sombrilla aérea propia. En caso de no disponer de aviones propios de cobertura o no poder conseguirlos pronto, los buques de guerra japoneses estaban indefensos frente a los ataques aéreos enemigos». Vid.: *La flota de alta mar japonesa*. Madrid: San Martín 1980, pp. 41 y 42.

33 La baza de la mejor dotación de los astilleros fue evidente, pues, como indica HUMBLE, R.: «(...) los obreros del arsenal de Pearl Harbour, trabajando hasta caer rendidos, le devolvieron el averiado *Yorktown* en un plazo increíble de tres días (cosa que no ocurrió con el *Shokaku* y *Zuikaku*, del lado japonés. El *Shokaku*, después de la batalla del mar de Coral, estuvo varios meses inutilizado, y el *Zuikaku* no pudo volver al servicio hasta que no fue repuesto su diezmado grupo aéreo». *Ibidem*, p. 66.

se encontraba muy separado del cuerpo de portaaviones de Nagumo. Por esta causa, un avance repentino para tratar de amenazar las posiciones expuestas de los estadounidenses no pudo llevarse a cabo.

En esta dirección, el almirante Yamamoto pensaba que una vez atraídos los buques aliados, podría acabar con ellos únicamente con la aviación embarcada, hecho que demostraba su perfecta comprensión de la guerra aeronaval, pero en cambio distrajo algunos portaaviones de escolta para el ataque de diversión de las Aleutianas, que habrían sido muy útiles a Nagumo. Además, si hubiese enviado los acorazados de la flota nipona hacia adelante al mismo tiempo que los portaaviones –en dos grupos separados– habría confundido los sistemas de reconocimiento aéreo aliado y quizá podría haber tenido una mejor oportunidad de victoria³⁴.

Evidentemente, ante las pocas reservas de petróleo –que se estimaban en seis meses como mucho–, el movimiento de las grandes unidades navales se tenía que constreñir al mínimo posible y ello limitaba también el tipo de operaciones militares a desarrollar.

H) Normandía

Con este epígrafe llego a uno de los episodios mejor conocidos de la Segunda Guerra Mundial a causa no solo de la gran cantidad de escritos sobre la materia, sino también por el copioso tratamiento por los medios de comunicación –piénsese en los homenajes y efemérides que se celebran algunos años– y por las numerosas películas dedicadas al tema.

Centrándome en el tema financiero, el desembarco aliado en el norte de Francia en junio de 1944 supuso una importante operación logística que se ha denominado como el mayor logro de esta índole en la historia bélica; esta afirmación no es del todo cierta, porque en algunos desembarcos del frente del Pacífico, como en las Filipinas, Iwo Jima u Okinawa, se emplearon unos medios si no mayores, sí al menos tan ingentes como los efectuados en Francia.

La causa de esta obsesión por magnificar la operación de Normandía pienso que está en el deseo de dar una publicidad excesiva a la operación, porque supuso la auténtica implicación norteamericana en Europa –ya que las campañas de África e Italia no pasaban de ser meras distracciones estratégicas– y porque, en aquel momento, lograban abrir el verdadero *segundo frente* que tanto reclamaba Stalin ante la presión militar alemana en Rusia.

34 Todo ello son solo especulaciones pero piense el lector qué hubiera sucedido si la Flota del Pacífico norteamericana hubiese sido eliminada y no quedara protección de las islas Hawai y de la costa oeste de Estados Unidos. Quizá la política del presidente Roosevelt de *Alemania primero* no se hubiese materializado y se habrían centrado los esfuerzos de guerra en el Japón –como pedía el almirante King–. Con ello, habría tenido Hitler menos dificultades en Europa y no se habría abierto un segundo frente en Normandía en 1944.

La historia es bien sabida, por lo que, sin más, paso a referirme a cuatro aspectos de conexión ingreso-gasto público que condicionaron la batalla:

Primero.- «La falta de barcasas de desembarco apropiadas en el teatro europeo», lo que motivó los continuos retrasos en lanzar esta operación hasta junio de 1944 y que se tuvo que realizar sin efectuar, a su vez, otro desembarco en el sur de Francia –la operación *Anvil-Dragoon*–, que efectivamente se llevó a cabo, pero semanas más tarde. Las dificultades presupuestarias impidieron la construcción de barcasas suficientes para los dos asaltos anfibios que, de haberse producido simultáneamente, habría paralizado el esfuerzo de guerra alemán –en cuanto a la concentración de reservas– y quizá habría terminado la guerra en 1944³⁵.

Segundo.- Algo parecido se puede indicar de «los aviones de transporte de tropas paracaidistas». En este caso, no se disponía de un número tan elevado como para poder enviar a más de tres divisiones de aerotransportados, lo que limitó en mucho su concurso en la batalla. Lo mismo sucedió en la batalla de Arnhem, como comentaré en el epígrafe siguiente. Las razones son totalmente financieras, porque el grueso de los ingresos se dirigía a la producción de medios mecanizados y de bombardeo, de ahí que los transportes –como las barcasas del caso anterior– estuviesen relegados a un segundo plano.

Tercero.- El escaso «avance en tierra en los primeros días de la invasión» –junio de 1944– se debió no solo a la dificultad del terreno y a la poca pericia atacante de los comandantes aliados –que efectivamente no estaban acostumbrados a un ataque a ultranza sin tener suficiente despliegue artillero que les protegiese como sucedía con el general americano Bradley y el británico Montgomery–

35 FULLER, J.F.C. achaca la falta de barcasas a la nula disposición del almirante estadounidense King a cederlas del teatro del Pacífico a Europa, aunque yo abogo también por las dificultades presupuestarias. En este sentido indica: «La escasez de unidades de desembarco no era culpa de la producción, sino de la asignación, porque el 1 de mayo el almirante King, comandante en jefe de la flota estadounidense, tenía a su disposición el grueso de las unidades de desembarco; pero como estaba en el Pacífico y no en Europa, solo transfirió una pequeña fracción de aquéllas como parte proporcional norteamericana a la 'Overlord'. La principal dificultad, como señala Mr. Henry L. Stimson, secretario de Guerra americano, consistía en que los jefes conjuntos de Estado Mayor eran 'incapaces de forzar una decisión contra la voluntad de cualquiera de sus miembros... Tan solo el presidente estaba en situación de allanar desacuerdos entre ellos, cosa que, por otra parte, se mostraba reacio a hacer'. El resultado de la tozudez de King fue que la fecha señalada para la operación 'Anvil', que tenía que coincidir con la 'Overlord', hubo de ser aplazada, y el general Alexander se vio privado de medios para llevar a cabo operaciones anfibias en la 'pierna' de Italia, como consecuencia de lo cual la campaña fracasó». Vid.: *Batallas decisivas del Mundo Occidental*, op. cit., Tomo V, p. 289.

No puedo compartir la opinión de este insigne autor, ya que, si tanta importancia tenían las barcasas de desembarco, lo más lógico habría sido ampliar los recursos financieros para su construcción y no tener así que depender de la opinión del almirante del Pacífico, pues habría medios para ambos teatros de la guerra. Lo más probable es que las dificultades para la producción, derivadas del fuerte esfuerzo de la economía estadounidense, limitó el desvío de medios para la construcción de lanchas de desembarco. Además, los costes que tenían los grandes buques destinados a la invasión, así como las grandes obras de ingeniería como eran los puertos artificiales creados para abastecer a las tropas en las playas –los llamados «Mulberries»–, suponían un freno importante para otro tipo de inversiones.

sino a la inferior calidad de las armas anticarro y a los propios tanques aliados³⁶; en efecto, las inversiones en este tipo de armamento no habían sido excesivas –Gran Bretaña estaba exhausta tras casi 5 años de guerra y Estados Unidos tenía muchos objetivos de los que preocuparse, como el frente del Pacífico– y de ahí las dificultades para abrirse paso en un terreno de fácil defensa como los setos normandos, con lo que los antiaéreos reconvertidos a antitanques de 88 mm alemanes fueron –como meses atrás en el norte de África–, una pesadilla para los tanquistas aliados.

Cuarto.- Por último, del lado alemán, donde las dificultades financieras eran ya muy elevadas, hay que citar el problema de la «falta de repuestos para sus unidades mecanizadas», ya muy castigadas en el frente ruso y que, pese a su superioridad frente a sus homólogas aliadas –como los modelos de tanques Tiger o Panther–, se veían paralizadas no solo en cuanto a la escasez de combustible, sino también por la falta de suministros y piezas de recambio; de ahí que, al poco de entrar en combate –en el que llevaban en muchas ocasiones la mejor parte–, se estancase su efectividad, ante los problemas para mantener en un correcto estado operativo a las unidades.

D) Arnhem

El nombre de esta ciudad holandesa en la frontera con Alemania se hizo famoso en el mes de septiembre de 1944 cuando se produjo allí una importante batalla por el dominio del puente de acero que dominaba el paso del Rin al sureste de la localidad.

Los aliados pretendían penetrar en el norte de Alemania a través de dicho puente, con la finalidad de invadir las zonas industriales germanas y conseguir así terminar la guerra a finales de 1944. Para ello se organizó un asalto masivo aerotransportado –tres divisiones y media de paracaidistas– y un avance blindado por tierra que tratara de enlazar con los soldados lanzados detrás de las líneas enemigas; éstos tenían la misión de sostener los puentes de paso de los ríos y canales holandeses, que eran vitales para alcanzar la ciudad de Arnhem. En esta localidad se conseguiría atravesar el Rin, último obstáculo natural que ayudaba a la defensa de Alemania.

Existían dos causas que reforzaban la idea de lanzar un ataque veloz para tratar de finalizar la guerra en Europa: la primera consistía en la escasez de medios de combustible en el frente aliado, derivada de la lejanía de las zonas de desembarco de los suministros –Normandía–. En este sentido, todavía no

36 Para mayores detalles sobre los temas militares y logísticos de la batalla, véase: BADSEY, S.: *Normandía 1944*. Madrid: Ediciones Del Prado 1994, pp. 31 y ss. y RYAN, C.: *El Día más Largo*. Madrid: Inédita 2006, pp. 59 y ss.

se había podido ocupar totalmente y poner en funcionamiento el enorme puerto de Amberes, hecho que se consiguió durante el otoño de 1944.

La segunda causa era el creciente número de bajas entre los soldados aliados –principalmente los británicos– cuya infantería era mucho más escasa y difícil de reemplazar que la norteamericana, porque había sido muy castigada durante los cinco años de guerra.

Pero puedo también ofrecer al lector otras causas que abogaban por el término del conflicto en 1944 y que, evidentemente, guardan relación con la actividad financiera aliada. Se trata de las dificultades que estaba experimentando el mercado de deuda pública británico, totalmente dependiente de las adquisiciones estadounidenses de sus títulos, y que, para poder mantener el esfuerzo de guerra, habría que aumentar en emisiones y en duración de los empréstitos, lo que provocaría –como así sucedió finalmente– que la economía de posguerra estuviese totalmente dominada por la política de reparaciones y ahorro financiero que llevaron a una importante depresión económica a la Isla Británica. Era el final del imperio británico y de su independencia; desde ese momento pasaría el mando al imperio estadounidense.

Por lo que se refiere al desarrollo de los acontecimientos militares, hallo tres aspectos de ingreso-gasto público que influyeron decisivamente:

En primer lugar, al igual que sucedió en Normandía, la «poca disponibilidad de aparatos de transporte aéreo, motivado por las escaseces presupuestarias», como ya hemos visto en el epígrafe anterior, debido a que la parte fundamental de los ingresos se dirigían a vehículos blindados, suministros y bombarderos pesados. Ello motivó que el lanzamiento paracaidista tuviera que dividirse en dos asaltos para la 1ª División británica –la que debía ocupar el puente más distante en Arnhem–, con lo que no dispuso de la totalidad de su fuerza de combate, principalmente la brigada polaca adscrita a la misma.

En segundo término, la poca «previsión de gasto en equipos de ingenieros y zapadores del ejército británico». Estos no se dotaron de los medios suficientes para tender puentes de pontones que permitieran un cruce de los canales o ríos para el caso de no disponer de los ya existentes, por fallo en el ataque aerotransportado. La verdad es que algunos sí pudieron ser tendidos, pero no se preparó a gran escala una serie de medios de este tipo que hubiesen ahorrado demoras en el avance hacia Arnhem, con lo que las posibilidades de éxito habrían sido superiores.

Del mismo modo, tampoco se previeron los efectos de avanzar con medios blindados «a través de una única carretera hacia el frente», lo que dificultaba sobremedida el abastecimiento por la misma e hizo frecuentes los embotellamientos y demoras en el necesario avance rápido hacia Alemania. Además, se debería haber pensado que las zonas circundantes de la vía asfaltada en algunos tramos –sobre todo desde Nimega hasta Arnhem–

consistían en el llamado *polder* o terrenos arrebatados al mar por los diques holandeses, hecho que dificultaba el desplazamiento de unidades pesadas por un suelo tan blando y de poca consistencia.

Por último, hay que destacar el «respiro que se concedió a los alemanes en los días previos al ataque en Holanda», tanto por parte de los propios aliados como de los soviéticos, de manera que los teutones pudieron destinar parte de sus recursos a reforzar dos divisiones blindadas, la 9ª y la 10ª, que se reconstituyeron y reemplazaron con vistas a emplearlas para detener un supuesto avance sobre el alto Rin cerca de Metz; este ataque –suponía el alto mando alemán– estaría al mando del estadounidense Patton, quien se consideraba el más apto general de fuerzas blindadas que era capaz de rápidas penetraciones en territorio enemigo. Para su descanso y reconstitución, dichas divisiones se enviaron a un sector *tranquilo* del frente: Arnhem, de forma que la 1ª División Aerotransportada británica cayó prácticamente encima de ambas fuerzas acorazadas alemanas³⁷.

37 Con posterioridad se ha puesto repetidamente en tela de juicio la capacidad del mariscal Montgomery como autor del plan para esta operación sobre Arnhem. Desde luego resulta sorprendente que un general tan cauto, puntilloso y poco dado a alardes y avances poco meditados, planease una operación tan ambiciosa y que suponía tantos riesgos como los que he apuntado en el texto. Quizá por un intento de dicho general de evitar que le considerasen un mando *defensivo* o quizá por su elevado ego o creencia en sus elevadas cualidades militares, preparó este plan, que pienso fue uno de los mayores errores británicos de la guerra. Personalmente a mí me resulta chocante que un general que no fue capaz de rodear, derrotar e incluso capturar a Rommel, tras su victoria en el Alamein, en la que tenía una superioridad tan aplastante, fuera capaz de llevar a buen puerto un avance a través de una sola carretera y de todo un país con tantas dificultades para el ataque blindado como es Holanda.

Puedo remitir al lector a los problemas en la relación entre el comandante supremo aliado, Eisenhower, y el mariscal Montgomery, citados por RYAN, C.: *Un puente lejano*. Barcelona: Inédita 2005, pp. 80 y ss.

Hasta un escritor tan comedido –e incluso algo rendido a la figura de *Monty*– como LIDDELL HART, B. escribe: «La idea común de que la invasión llevaba una marcha suave y segura, estuvo alentada por el énfasis con que Montgomery declaró en seguida que 'la batalla se desarrolló exactamente tal y como había sido planeada antes de la invasión', y por el hecho de que los ejércitos aliados llegaron al Sena en noventa días.

Era 'la forma de hablar de Monty', como si toda operación dirigida por él tuviese necesariamente que salir como él la hubiera pensado, con la certeza y precisión de una máquina, y la protección de la divina Providencia. Esta característica ha oscurecido a menudo su adaptabilidad a las circunstancias, y en consecuencia, irónicamente, le ha privado del mérito que le era debido por su combinación de flexibilidad y determinación en el mando». Vid.: *Historia de la Segunda Guerra Mundial*, op. cit., Tomo II, pp. 161 y 164.

Resulta curiosa la opinión vertida por el siempre reservado y correcto general norteamericano Bradley, quien es citado por RYAN, C. diciendo que «El audaz plan de Montgomery impresionó y sorprendió tanto al mayor crítico del mariscal de campo, general Omar N. Bradley, que más tarde recordó: 'Si el piadoso y abstemio Montgomery hubiera entrado tambaleándose en el SHAEF por los efectos de una borrachera, no me habría sentido más asombrado... Aunque nunca estuve personalmente convencido de la idea de la arriesgada operación, admito, no obstante, que fue una de las más imaginativas de la guerra». *Ibidem*, p. 95.

Para mayor detalle sobre los problemas de Eisenhower al mando en Europa, destaca la obra del mismo EISENHOWER, D.: *Cruzada en Europa*. Barcelona: Inédita 2007, en especial, pp. 159 y ss. En este trabajo, si bien dominado por la prudencia política, se puede leer entre líneas las dificultades que tuvo el «jefe» con su «subordinado».

Sin embargo, me pregunto si dicha *mala suerte* británica o, mejor dicho, *golpe de fortuna* alemán, no pudo haberse previsto tanto por el servicio secreto aliado como por el germano. Me inclino por esto último y quizás el espionaje teutón fue capaz de adivinar por donde serían atacados y de ahí la presencia de las divisiones 9ª y 10ª en Arnhem. Dejo al lector que sea él quien forme su propia opinión en esta cuestión.

J) Ardenas

El último hito bélico al que me voy a referir en la Segunda Guerra Mundial es la batalla que se produjo en torno al bosque de las Ardenas, en una zona entre Luxemburgo, Bélgica y Francia. Aquí, a mediados de diciembre de 1944, el ejército alemán intentó una ofensiva parecida a la que efectuó en mayo de 1940 con el fin de separar en dos a las fuerzas aliadas que se aproximaban a sus fronteras. El móvil financiero es fácil de percibir, pues si los aliados lograban cruzar el Rin y tomar la próspera «región industrial alemana del Ruhr se acabarían los ingresos del Tercer Reich» y se llegaría a un colapso económico, como efectivamente ocurrió en la primera mitad de 1945. Con esta circunstancia, la producción alemana se derrumbaría definitivamente y la resistencia en el frente occidental se desmoronaría.

Con el fin indicado, Hitler –autor del plan de ataque– previó tomar el importante puerto de Amberes, fuente de suministros fundamental de los aliados y ya puesto en funcionamiento. Si éste caía, los aliados tendrían que transportarlos desde las playas de Normandía, lo que habría demorado las ofensivas aliadas al menos durante seis meses. Esto también concedería a Alemania un respiro para destinar sus recursos de gasto para la investigación y producción de las nuevas armas que se estaban investigando, como los aviones a reacción o las bombas volantes V-2³⁸.

No obstante, la amplitud y la dificultad –sino la casi imposibilidad– de conseguir este objetivo estratégico era fácil de discernir, pues las reservas, tanto de blindados, como de carburante y municiones, eran escasas, de tal

38 HERUBEL, M. considera que «las dificultades estratégicas y tácticas en ambos bandos y las consecuencias incalculables que comportó tanto en lo que fue la continuación de la guerra en el oeste como a nivel político, especialmente en relación a Stalin. La llegada de los panzers de Von Manteuffel y Sepp Dietrich a Amberes hubiese alterado el final de la guerra (...). En cuanto a los aliados, sus posibilidades de rechazar a cuatro de las más poderosas divisiones de las SS sin la ayuda de la aviación, forzada a permanecer en tierra debido al mal tiempo, eran escasas. Norteamericanos y británicos no pudieron respirar tranquilos –y aún a medias– hasta el 26 de diciembre de 1944, quince días después de que se desencadenase la ofensiva *Watch am Rhein*, cuando los blindados de la 4ª División Acorazada del general Hugh Gaffey liberaron a los paracaidistas de la 101ª División Aerotransportada de McAuliffe, sitiados en Bastogne. El 16 de diciembre el resultado de la batalla era bastante más incierto y así siguió durante las dos semanas siguientes». Vid.: *La Batalla de las Ardenas*. Barcelona: Inédita 2006, pp. 11 y 12.

forma que las principales unidades acorazadas sólo tenían gasolina para cinco días de combate continuo; es decir, que solamente podrían alcanzar la orilla del río Mosa y, a partir de allí, el éxito del cruce de dicho río y de la toma de Amberes dependería del carburante que se pudiese obtener de los abundantes depósitos aliados³⁹. Esto es una muestra de la dificultad del planeamiento germano y de la debilidad de su ofensiva en cuanto a la obtención de resultados significativos. La falta de ingresos para hacer frente a esas carencias, al mismo tiempo que el casi imposible acceso a fuentes petrolíferas, hacía del plan de las Ardenas casi una quimera irrealizable, lo que demuestra sobremanera las limitaciones militares que imponían las dificultades logísticas en la guerra.

En el desarrollo final de la ofensiva, las fuerzas alemanas tuvieron un éxito inicial inesperado –fundamentalmente por la poca previsión aliada sobre un ataque en la zona– de manera que las puntas de lanza de los blindados germanos llegaron casi hasta las orillas del río Mosa en la zona de Dinant y Celles, pero no fueron capaces de continuar, más por la falta de suministros que por la capacidad bélica aliada –principalmente estadounidense–; en este sentido puedo traer a colación cuatro episodios militares que tuvieron su motivación en problemas financieros:

- Primero.- La «falta de recursos aliados para mantener un frente continuo de la suficiente profundidad», provocó que en la zona de las Ardenas solamente estuvieran desplegadas unas pocas divisiones que habían sido enviadas allí para mantener el frente y descansar de su actividad militar en otros lugares de la frontera occidental. De este modo, la escasez de medios antitanques norteamericanos impidió una defensa efectiva contra la parte sur del ataque alemán, integrado por el 5º Ejército Acorazado del general Von Manteuffel.
- Segundo.- «Los problemas de dotación de municiones artilleras» para las baterías alemanas impidieron a la parte norte de la ofensiva germana –formada por el 6º Ejército Panzer– romper las defensas aliadas alrededor de Monschau, lo que supuso dirigir el grueso de la atención al 5º Ejército anteriormente mencionado que, de ese modo, pudo ser detenido más fácilmente al concentrarse contra él los refuerzos aliados. Además, las flamantes divisiones panzer 1ª y 2ª de las S.S., acababan de ser reemplazadas tras sus graves pérdidas en Normandía, lo que

39 HERUBEL, M. resume del siguiente modo el esfuerzo logístico alemán: «Keitel es el hombre de la lógica, necesario para llevar a cabo la tarea de alto funcionario de los ejércitos. A finales de noviembre ha conseguido llevar las reservas de fuel hasta los dos millones y medio de litros y las de gasolina llegan a los quince millones de litros. Los carros apenas disponen de combustible para recorrer 150 kilómetros operacionales. Las 15.000 toneladas de municiones permiten combatir a las unidades durante ocho días –además se está construyendo otra reserva para ocho días más». *Ibidem*, p. 85.

hacía muy difícil la sustitución de sus primitivos equipos de hombres y armamento, redundando en su falta de capacidad militar y logística.

- Tercero.- Tras la sorpresa inicial, se dotó de «recursos al 3º Ejército estadounidense del general Patton», que se encontraba al sur de las Ardenas, para que avanzara hacia el norte. El objetivo que se le encomendó fue restablecer el contacto con la sitiada ciudad de Bastogne –núcleo de carreteras importante–, cortando así las comunicaciones de las vanguardias del 5º Ejército alemán con su retaguardia. La importante capacidad de derivar ingresos para armar y suministrar a los estadounidenses contrasta con la imposibilidad de hacer lo mismo con dicho 5º Ejército germano, con lo que, una vez desgastadas las divisiones blindadas en punta de lanza teutonas –la Panzer Lehr, la 2ª Panzer y la 116ª Mecanizada– fue imposible reponer sus bajas en vehículos, material y combustible, por lo que la ofensiva se detuvo irremediamente.
- Cuarto.- En último lugar, hay que destacar la «potencia aérea de los aliados derivada de las pocas restricciones presupuestarias que se impusieron a dicho arma aérea»; en efecto, una vez pasados los días iniciales de la ofensiva en que el mal tiempo impidió volar a sus aparatos, –circunstancia meteorológica prevista por los alemanes para atacar en esa fecha (16 de diciembre de 1944)–, pudieron concentrar toda su artillería aérea contra los tanques y aprovisionamientos alemanes, lo que colapsó el frente y provocó el final de la operación. Se llegó, incluso, a abandonar por parte germana los vehículos en primera línea.

En definitiva, este episodio bélico fue el *canto del cisne* del ejército alemán en la Segunda Guerra Mundial, ya que, posteriormente, no se opuso una resistencia efectiva a la toma de Alemania por los aliados⁴⁰.

IV. COREA

Una vez dejada atrás la Segunda Guerra Mundial, cuyo tratamiento ha tenido que ser a la fuerza más extenso que las demás contiendas bélicas de este trabajo, me voy a limitar a exponer las circunstancias de ingreso-gasto que rodearon a tres conflictos de los años de la Guerra Fría. Los he considerado paradigmáticos del tema que desarrollo en este trabajo y he dejado al margen otros muchos que, por razones de espacio, han quedado en el tintero⁴¹.

40 Para consultar el desarrollo bélico de la campaña de las Ardenas remito al lector a ARNOLD, J. R.: *Ardenas 1944. La última apuesta de Hitler en el oeste*. Del Prado 1994, pp. 33 y ss.

41 Entre las guerras omitidas puedo citar:

Los conflictos árabe-israelíes.

La crisis de los misiles y, en general, la guerra disuasoria (o acumulación de armamentos) nucleares.

Las guerrillas centroamericanas.

Comenzaré por la guerra de Corea, que tuvo lugar de 1950 a 1953, aunque la fase más activa de las operaciones militares se llevó a cabo en los dos primeros años de la conflagración.

El ataque de Corea del Norte a Corea del Sur estuvo motivado por la tensión entre los comunistas y el mundo occidental en el marco de la Guerra Fría originado por la posguerra. El auge expansionista de los países comunistas motivó el que se lanzase esta invasión –alentada internamente por el recientemente creado régimen de Mao Tse Tung en China–. La finalidad, por supuesto, era apoderarse del más fértil territorio de Corea del Sur, con el dominio de sus puertos y de los estrechos marítimos de la zona. El objetivo de conseguir así mayores fuentes de financiación para las siempre rígidas y escasas economías de rasgo comunista era la motivación principal de la ofensiva.

Los acontecimientos bélicos estuvieron marcados por circunstancias fiscales, como demuestran los cuatro hechos siguientes:

En primer lugar, la «resistencia de los coreanos del sur» –ayudados por tropas de la ONU, principalmente estadounidenses–, en el sur de la península en la localidad de Pusán, y posteriormente en otros ataques norcoreanos a Seúl y a la frontera en el paralelo 38. La razón financiera estaba en la extensión de las comunicaciones y en la falta de una logística correcta de los norcoreanos. Así, en cuanto se lanzaba un ataque, al poco tiempo quedaba detenido por falta de reservas y municiones, derivada de la carencia de reservas económicas para dotar al ejército de los medios adecuados. En consecuencia, una vez finalizado el empuje inicial derivado de las técnicas de infiltración y de sorpresa, se paralizaba la ofensiva y se llegaba a un punto muerto.

En segundo lugar, el «desembarco de Inchón por parte de las fuerzas occidentales» fue en parte un éxito por los ingentes medios económicos a disposición de los atacantes, lo que les permitió desembarcar en una zona muy poco propicia, al mismo tiempo que los defensores del puerto estaban en un estado muy lamentable por el desorden y la falta de recursos. En este caso, los cuantiosos gastos de una operación de este tipo fueron sobradamente cubiertos por los ingresos de los países occidentales, con lo que ese poderío económico hizo factible una operación militar de dudoso éxito inicial.

Un tercer aspecto a destacar es la «ofensiva de invierno norcoreana en el río Yalu» que sorprendió totalmente al 8º Ejército estadounidense que se había lanzado hacia el norte un tanto irreflexivamente y confiado en su superioridad

La guerra de Afganistán.

La guerra de las Malvinas.

Las guerras del Golfo y de Irak.

Los conflictos de Chechenia, Kosovo y Croacia.

En todos ellos el componente financiero no solo ha condicionado su desarrollo, sino que pienso que son la causa de su origen; para ocuparme de ellos remito a una nueva publicación que intentaré abordar en el futuro.

militar y logística. Además, el derrumbamiento de las líneas norcoreanas tras el desembarco de Inchon hizo pensar a los mandos occidentales que la contienda se resolvería pronto y de manera fácil. No fue así por la intervención china, que infiltró a gran parte de reclutas en el ejército norcoreano, al mismo tiempo que lanzó varias divisiones sobre la retaguardia de los occidentales. La pujanza de la economía china, tras la revolución de Mao, les permitió alinear casi 100.000 soldados en la frontera y lanzarlos al ataque, lo que desorganizó las ya agotadas vanguardias de los surcoreanos y sus aliados. No obstante, la capacidad financiera occidental pudo nivelar la situación y con grandes contingentes de fuego aéreo y artillero –cuyo mantenimiento exigía enormes sumas de gasto destinadas a ello– permitió evacuar zonas del norte y evitar una derrota total.

Finalmente, hay que llamar la atención al lector sobre el **empate técnico** que se produjo durante los años 1952 y 1953, durante los cuales se estaban discutiendo los términos de un acuerdo de paz. El agotamiento de las reservas –tanto militares como financieras– de ambos bandos, no permitió grandes ofensivas como en los dos años anteriores, lo que denota una creciente dependencia de los recursos anteriormente existentes. Al igual que en otros conflictos de la Guerra Fría, una vez pasados los primeros choques, el apoyo –más o menos encubierto– de las dos grandes superpotencias de la época –Estados Unidos o la URSS– disminuía, lo que significaba un menor flujo de ingresos –canalizados en la venta de armas a los beligerantes– que tenía por resultado el empate en la guerra. Eso ocurrió finalmente en Corea en 1953.

V. VIETNAM

Un segundo conflicto relevante en Asia durante la época de la Guerra Fría fue la guerra del Vietnam durante los años 1966 a 1975. No obstante hay que indicar que la zona de Vietnam, Laos y Camboya ya había sido sacudida por el espectro de la guerra durante buena parte de su existencia. El más reciente había ocurrido entre asiáticos y franceses, que culminó con la derrota gala en Dien Bien Phu en 1951, y que llevaría a la retirada occidental de la zona con los acuerdos de Ginebra en 1954⁴².

La importancia económica de la región es evidente, pues supone un rápido acceso al sur de China, con las posibilidades comerciales que ello conlleva, así como el dominio del Mar del Sur de la China y el Golfo de Tonkín. Las posibilidades financieras se imaginan fácilmente, debido a la abundancia

42 Para un mayor detalle, véase: MINUÉ, L.: *Vietnam. La guerra que nunca acabó*. Madrid: San Martín 1985, pp. 30 y ss.

agrícola –ricicultura– del delta del Mekong y a las riquezas metalíferas de su subsuelo⁴³.

En el contexto de dicha Guerra Fría, el ansia de ejercer influencia en la región por parte del bloque comunista hizo que, tras la división del país en una zona norte –procomunista– y sur –occidental–, se desarrollara un movimiento de liberación nacional –eufemismo con el que se denomina a la subversión y a la infiltración comunista– (el FLN) que reclamaba la unificación de todo el territorio. La cuestión financiera es clara pues los grandes arrozales están en Vietnam del Sur (delta del río Mekong) con lo que su dominio proporciona elevados ingresos a la administración propietaria.

La escalada bélica fue rápida y los Estados Unidos no tardaron en garantizar, mediante el envío de técnicos primero y de tropas después, la soberanía de los sudvietnamitas. El resultado del conflicto es de sobra conocido: tras una serie de años de desgaste de ambos bandos, a partir de 1970 los norteamericanos abandonaron (esa es la palabra correcta, no la *vietnamización* del conflicto como se dijo entonces) a sus aliados del sur que, a partir de 1972, fueron conquistados por el Vietnam del Norte.

Como siempre, destaco 4 aspectos de ingreso-gasto en el desarrollo de las operaciones militares:

En primer lugar, los recursos financieros de China y la U.R.S.S. ayudaron sobremanera a la «infiltración de reclutas de Vietnam del Norte» en la fuerza armada del Vietcong, que operaba en el Sur, a través de la llamada *ruta de Ho Chi Minh* que pasaba por los vecinos Laos y Camboya. Sin esas inyecciones periódicas de recursos habría sido imposible rearmar continuamente a unas fuerzas que, de otro modo, se habrían eliminado por la potencia bélica estadounidense.

No creo que el lector sea convencido por la propaganda –tanto comunista como norteamericana– de que la guerra no pudo vencerse por los occidentales debido al enorme apoyo de la población agrícola a la causa del Vietnam del Norte, que continuamente alimentaba de reclutas al Vietcong. Esta afirmación no puede ser sostenida, ya que las masas de obreros agrícolas tarde o temprano llegaron a estar hartas de la violencia con que se atacaba a las poblaciones, lo que redundó en un hastío bélico. Como se demostró posteriormente cuando los Estados Unidos abandonaron el Vietnam, sin el apoyo extranjero, la guerra acabó en dos años escasos (1972), si bien hasta el final de las operaciones la guerra se prolongó hasta el año 1975. Esta es la evidencia de que los años más duros de la lucha se extendieron debido al apoyo de las dos superpotencias.

43 Vid. en este sentido, LARGO ALONSO, M. T. «La guerra de Vietnam», *Akal. Historia del Mundo Contemporáneo*, núm. 36, 2002, pp. 12 y ss.

En segundo término, el «dominio norteamericano se basaba en su enorme potencial presupuestario y militar». Por todo ello, en los años 1966 a 1969 parecía que estaban logrando pacificar todo Vietnam del Sur, eliminando así la influencia del Vietcong. La realidad fue que los medios económicos inclinaban la balanza de la técnica a favor occidental –bombardeos, aviación, medios de transporte aeromóviles–, con lo que las opciones del Vietnam del Norte fueron soportar la ofensiva y recibir reclutas comunistas para engrosar las filas del Vietcong.

En tercer lugar, a partir de la «ofensiva del Tet (31 de enero de 1968) el ejército regular de Vietnam del Norte» comenzó a involucrarse más definitivamente en la contienda, de manera que la guerra de infiltración del Vietcong pasó a un segundo plano (quizá por la falta de recursos o el agotamiento de sus posibilidades). En esta campaña del Tet, a pesar de la propaganda internacional, los resultados obtenidos por los norvietnamitas fueron escasos, ya que perdieron muchos efectivos y lograron dominar pocos territorios. Se notaba la poca acumulación de recursos y armamento para la segunda fase del ataque, de forma que, tras la sorpresa inicial, la ofensiva se fue diluyendo paulatinamente.

Sin embargo, el Tet permitió comprobar a los estadounidenses que sus intentos por armar, entrenar y revitalizar a las tropas sudvietnamitas no llegarían a buen puerto, debido, tanto a la poca voluntad de resistencia, como a las dificultades presupuestarias, pues las reservas y gastos norteamericanos eran tan elevados que se empezaron a recortar para evitar los descontentos populares en la metrópoli. Este fracaso en la militarización del Sur también tuvo su parte de causa en la infiltración y las amenazas del FLN del Norte que socavaba la voluntad popular, por lo que contrasta la poca determinación de lucha de las tropas del Sur con la capacidad de resistencia –pese a las adversidades– del Norte.

Finalmente, «las operaciones militares y las batallas destacadas» fueron muy pocas, debido a la ausencia de un frente definido y a que el método de combate era guerrillero por parte del Vietcong y policíaco (búsqueda y destrucción) por parte estadounidense.

Si acaso, se pueden señalar las campañas del llamado «triángulo de la muerte o de la zona de las cascadas del cedro», en el centro de Vietnam del Sur, donde las dificultades de acceso impidieron a los norteamericanos el eliminar las bases enemigas allí situadas.

También se puede destacar la campaña en torno a la posición, cercana a la frontera con Vietnam del Norte de «Khe Sanh», donde se intentó resistir durante 67 días por parte de un fuerte campamento fortificado del Sur a los ataques de unidades regulares norvietnamitas. En esta lucha de Khe Sanh se dotó a ambos contendientes de gran cantidad de recursos y los gastos fueron numerosos en municiones y armamento variado. Al final se llegó al típico resultado de empate,

con el mantenimiento de los asediados en la base, pero a un coste muy elevado de medios y de vidas humanas, de ahí que se preguntase la opinión pública si realmente mereció la pena todo el esfuerzo.

VI. CARRERA ESPACIAL

Resultará algo extraño al lector que incluya y termine un trabajo sobre guerra y financiación con un epígrafe sobre uno de los logros científicos más importantes e impresionantes de la humanidad como ha sido –y sigue siendo– la conquista del espacio fuera de la atmósfera terrestre. La razón no es otra que el interés militar paralelo que subsiste en esta competición y para la que hacen falta enormes cantidades de dinero.

Como es bien sabido, el origen de la carrera por conquistar el espacio estuvo en la Guerra Fría y el deseo de soviéticos y norteamericanos por demostrar al otro bando que cada uno era capaz de enviar ingenios teledirigidos fuera de la atmósfera; es evidente que la finalidad última de todo ello era probar propulsores que fuesen aptos no para enviar sondas o satélites más o menos pacíficos y altruistas, sino cabezas nucleares que, de ese modo, atacarían al adversario sin ser detectadas o interceptadas.

Los episodios más importantes de dicha carrera espacial han sido muy variados y hoy en día, con la desaparición de la Unión Soviética, la atención se ha centrado en países emergentes como China, India o incluso, actualmente –2017– en los Emiratos Árabes Unidos. Todos ellos han declarado su intención de poner ingenios en el suelo del planeta Marte, pero no hay que ser muy perspicaz para darse cuenta que su motivación es demostrar que también ellos son capaces de atacar a sus vecinos desde la estratosfera.

A todo ello se añade el deseo de hallar en otros planetas o satélites –como la Luna, Marte, Venus o algún asteroide cercano– materiales desconocidos o escasos en la Tierra, que aporten a su descubridor una fuente importante de ingresos.

Centrándome en el objeto del libro y haciendo una importante selección de los acontecimientos, destacan desde el punto de vista financiero los cinco siguientes:

Primero.- «La cohertería espacial en los años 50».

Impulsados por la carrera atómica, las dos grandes superpotencias destinaron cantidades de su presupuesto público para investigar sobre cohetes que fuesen capaces de enviar fuera de la Tierra vehículos cada vez más pesados. De esta manera se simularía el peso de una ojiva nuclear, sirviendo el logro espacial correspondiente como un medio de disuasión frente al adversario⁴⁴.

44 Como escribe MARTOS, A.: «Ya dos años antes, en mayo de 1947, los altos mandos militares de uno y otro bando habían comprendido que una bomba atómica solamente es temible si se la puede transportar y lanzar desde un vehículo imposible de interceptar, es decir, desde un cohete estratosférico. En consecuencia, los

Todo ello culminaría con una serie de lanzamientos en los que destacaron en un primer momento los soviéticos, a través de la puesta en órbita del satélite *Sputnik* (4 de octubre de 1957) y las cápsulas en la que iban los primeros seres vivos en el espacio: las perritas *Laika*, *Belka* y *Strelka* (1960). Para todo ello, los gastos en armamento militar se desviaron a este terreno, a través de su enmascaramiento como investigaciones científicas y confiadas a los expertos *von Braun* en Estados Unidos –antiguo refugiado alemán– y *Korolev* en la Unión Soviética.

Segundo.- «La competición por colocar a un astronauta en órbita».

Esta finalidad supuso el doble o casi el triple de los gastos necesarios para colocar un satélite en órbita, pues el peso y la masa globales de la cápsula espacial eran muy superiores, ya que había que contar con los instrumentos de navegación y el equipo de supervivencia del pasajero espacial. En este caso, aunque los logros soviéticos siguieron siendo anteriores a los norteamericanos, pues lograron colocar antes a un hombre –*Gagarin* (12 de abril de 1961)– y una mujer –*Tereskova* (16 de junio de 1963)– en la estratosfera, se empezaba a sentir la mayor cantidad de los ingresos disponibles por la incipiente agencia estadounidense para el espacio (NASA).

Tercero.- «La decisión de enviar un hombre a la Luna», anunciada por el presidente Kennedy en su discurso de 25 de mayo de 1961 elevó los gastos precisos para dicha empresa a límites inimaginables anteriormente⁴⁵, pues el coste final del que se llamó programa *Apollo* ascendió en 1969 a casi 25.000 millones de dólares. Era una cifra a la que los soviéticos no se pudieron aproximar, a pesar de contar con todos los recursos disponibles de su enorme Estado a su servicio. La solución fue la victoria norteamericana en este objetivo, con el conocido viaje del *Apollo-11* a la Luna en julio de 1969. Dejando al margen las dudas que se han planteado acerca de la realidad o no de este viaje, lo que sí es incuestionable es que la mejor financiación estadounidense les permitió ganar la carrera espacial frente a los soviéticos, de manera que éstos –tras varios desastres no confesados en su época a occidente– comenzaron a dirigir su atención a otras metas más modestas⁴⁶.

soviéticos habían vuelto sus ojos a los experimentadores del GIRD, a quienes Stalin había perseguido y deportado tras la gran purga que llevó a cabo en 1938, y los americanos a los especialistas recién capturados en Peenemünde». Vid.: *Breve Historia de la Carrera Espacial*. Madrid: Nowtilus 2009, pp. 75 y 76.

45 Como cita MARTOS, A.: «Eliminando el recorte presupuestario del 82% (de 1.300 a 240 millones de dólares) introducido por Eisenhower para satisfacer necesidades militares. La ampliación presupuestaria de NASA para sufragar el Proyecto *Apollo* representó cierta merma en el presupuesto de defensa que el estamento militar aceptó (...), considerando la capacidad de disuasión que tendría una base militar en La Luna». *Ibidem*, p. 205.

46 Tras el éxito del asalto lunar, los propios norteamericanos perdieron interés en el asunto, como demuestra las limitaciones a que se sometieron los siguientes viajes y las menores disposiciones de financiación; de esta manera, los componentes de las naves espaciales ya no eran tan examinados como antes, de ahí los riesgos de algunas operaciones como la del *Apollo 13* cuyos defectos en cableado casi convirtieron el viaje

Es posible que tras los primeros alunizajes, los propios norteamericanos se dieran cuenta del escaso valor estratégico de construir una base lunar, pues el desarrollo de los modernos misiles intercontinentales (ICBM) ya permitían lanzarlos fuera de la atmósfera y volver a entrar sobre el territorio de los países hipotéticamente atacables, por lo que el montaje de sus plataformas de lanzamiento en el astro selenita no tenía razón de ser. Además, el coste de dicha base sería tan desproporcionado que era imposible pensar en la forma de encontrar ingresos para una empresa de tal magnitud.

Cuarto.- «**La construcción de estaciones espaciales**», desde la *Skylab*, la *MIR* soviética y la actual *Estación Espacial Internacional*.

En todas ellas la finalidad encubierta es dominar y espiar el espacio aéreo de otras naciones y que en la actualidad precisa de la financiación de varios países –principalmente Estados Unidos y la Agencia Espacial Europea– para conseguir llevar a cabo sus proyectos y el ensamblaje de sus diversos módulos. Como comprobará el lector –ya cansado a estas alturas del presente ensayo– el desarrollo militar está siempre condicionado por los ingresos públicos de un país y, estos, por la riqueza de los Estados y los posibles beneficios a obtener por llevar a buen puerto las operaciones correspondientes.

Quinto.- En último lugar deseo realizar un comentario sobre los «proyectos que se vislumbran para el actual siglo XXI de llegar al planeta Marte».

Se trata de colocar a un ser humano sobre el planeta rojo, no solo de enviar ingenios no tripulados, con lo que el lector hará bien en imaginar los motivos que subyacen en este asunto, pues a los posibles yacimientos minerales y materiales insospechados que se pueden hallar en Marte, se unen las modernas tecnologías que se desarrollen para lograr un viaje tan arriesgado. De este modo, los recursos destinados a la investigación marciana servirán para orientar los resultados a la ciencia militar que, no se olvide, está siempre presente en las decisiones de los Estados⁴⁷.

en una catástrofe.

47 Confío y deseo que las motivaciones militares queden atrás y los viajes interplanetarios –en especial a Marte–, ayuden a resolver problemas medioambientales, sanitarios y de posibles colonizaciones en un futuro de dicho cuerpo celeste, lo que redundaría en el bienestar de nuestro planeta. Espero que lo que escribo no sean meras utopías. El futuro lo dirá...

EL MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DE LAS OPERACIONES MILITARES EN EL CIBERESPACIO: LIMITACIONES Y DIFICULTADES DE ACTUACIÓN DE LOS ESTADOS EN TIEMPOS DE PAZ Y DE CONFLICTO ARMADO

Conferencia en la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
21 de enero de 2016.
Capitán auditor Cristina Amich
Elías.

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL
CIBERCRIMEN. III. EL CIBERESPIONAJE.
IV. CIBEROPERACIONES MALICIOSAS.
V. OPERACIONES DE PAZ Y CONFLICTOS
ARMADOS. VI. CONCLUSIONES. VII.
BIBLIOGRAFÍA**

I. INTRODUCCIÓN

Durante las siguientes líneas vamos a trazar una visión general, aunque entendemos que clarificadora, de las dificultades a las que se enfrentan los Estados, fundamentalmente desde un punto de vista jurídico, pero también técnico y práctico, a la hora de llevar a cabo operaciones en el ciberespacio.

Procede comenzar señalando que si bien es cierto que abordamos una temática que aún puede denominarse novedosa, el desarrollo tecnológico alcanzado y el uso actual del ciberespacio han hecho que este escenario no sea en modo alguno ajeno a la actividad diaria de particulares y naciones. De tal forma que en los últimos años hemos asistido a un progresivo desarrollo doctrinal, tanto a

nivel nacional como europeo e internacional del concepto de ciberseguridad, mejor o peor integrado en una conceptualización más genérica de la seguridad. Así, en España, la Estrategia Española de Seguridad de 2011¹ introdujo como «potenciador de riesgo» los «peligros tecnológicos», al tiempo que se incluían como amenaza y riesgo específico las «ciberamenazas». Por su parte, la Estrategia de Seguridad Nacional (ESN) de 2013² incluyó ya las ciberamenazas como un riesgo determinado y concreto, y finalmente no podemos olvidar la propia aprobación de la Estrategia de Ciberseguridad Nacional³ específica, también de 2013, completada con la creación del Mando Conjunto de Ciberdefensa⁴.

En el marco de la UE se adoptó en 2006 la estrategia para una sociedad de la información segura⁵ y en 2013 una estrategia específica de ciberseguridad, acompañada de una propuesta de directiva, que resultó finalmente en la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión⁶.

Al hacer referencia a estas estrategias, queremos poner de manifiesto el «estado de alerta», si podemos denominarlo así, presente en nuestro país y nuestro entorno en relación con la seguridad vinculada al ciberespacio y las nuevas tecnologías. Y en esta línea, tampoco podemos olvidar la creación del Centro de Excelencia de Ciberdefensa, de OTAN⁷, en Tallin, Estonia, que fue formalmente establecido el 14 de mayo de 2008 y consiguió la acreditación de OTAN el 28 de octubre del mismo año, y que tiene como objetivo principal el estudio de las soluciones tanto técnicas como legales, en materia de defensa nacional, desarrolladas a través de medios cibernéticos, así como la difusión de la doctrina común a todos los países de OTAN en esta misma materia.

1 *Estrategia Española de Seguridad. Una responsabilidad de todos*, Gobierno de España, 2011.

2 *Estrategia de Seguridad Nacional. Un Proyecto Compartido*, Presidencia del Gobierno, 2013.

3 La Estrategia de Ciberseguridad Nacional fue aprobada el pasado 5 de diciembre de 2013 por el Consejo de Seguridad Nacional y puede consultarse a través del siguiente enlace: www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/PG/2013/051213ConsejoSeguridadNacional.htm.

4 Orden Ministerial 10/2013, de 19 de febrero, por la que se crea el Mando Conjunto de Ciberdefensa de las Fuerzas Armadas. Actualmente regulado por la Instrucción 65/2015, de 30 de diciembre, del jefe de Estado Mayor de la Defensa, por la que se desarrolla la organización del Estado Mayor de la Defensa. El Mando Conjunto de Ciberdefensa (MCCD) tiene la estructura y funciones establecidas en el artículo 15 del Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, en el artículo 11 de la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, y en el artículo 3 de la Orden DEF/1887/2015, de 16 de septiembre.

5 COM (2006) 251.

6 Ambos documentos pueden encontrarse en: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/eu-cybersecurity-plan-protect-open-internet-and-online-freedom-and-opportunity-cyber-security>.

7 La documentación publicada por el Centro de Excelencia, en tanto no entre dentro de las materias clasificadas por motivos de seguridad, puede consultarse en la página web www.ccdcoe.org.

Apuntado dicho interés, estado de alerta o conciencia de carácter nacional e internacional, el punto de partida debe ser la constatación de que, en el ámbito que examinamos, el Estado no es autónomo, y ello es así porque la soberanía nacional resulta insuficiente en la lucha contra el ciberconflicto⁸, al existir multiplicidad de actores que han adquirido suficientes capacidades y poder en el ámbito cibernético para desafiar a los Estados⁹. Ello convierte dicho ámbito, basado en la conectividad global, las ciberinfraestructuras compartidas y la interdependencia de datos, en un terreno en el que la normativa nacional e internacional se enfrenta a tensiones, contradicciones e interrogantes difíciles de despejar, porque existe una patente asimetría entre las preocupaciones de los diferentes Estados y los diversos sectores implicados.

Ello provoca, en primer lugar, dificultades a la hora de conseguir las capacidades personales y tecnológicas necesarias para hacer frente a los incidentes, poniendo a los Gobiernos en situaciones que van desde la inversión en medios propios, hasta la búsqueda y contratación de *hackers* o el uso de voluntarios expertos. En todo caso, las diversas opciones para desarrollar un «ciberpoder» estatal deben lidiar con diferentes cuestiones de carácter ético y legal.

Pero esta multiplicidad de actores y la penetración de las tecnologías en todos los ámbitos, provoca otro problema inicial relevante, la determinación y aclaración de conceptos y definiciones en función de los diferentes aspectos del ciberespacio a los que nos estemos enfrentando, lo que resulta imprescindible para poder determinar las capacidades técnicas y legales de actuación. Para ello, es preciso tener también en cuenta la amplitud de lo que comúnmente se conoce como «ciberespacio», *World Wide Web*, los dispositivos móviles (smartphones, iPads), los sistemas SCADA (control aéreo, centrales eléctricas, etc.), el uso de drones y robots, el *big data*, la inclusión de microcomputadores en la tecnología militar, etc., y no olvidar nunca que la tecnología de comunicación es civil en su naturaleza, aunque su uso pueda ser diverso.

Escenario amplísimo, multiplicidad de actores, diversidad de amenazas, etc. ¿A qué se enfrentan los Estados en el ámbito de la ciberseguridad, a qué deben responder y con qué herramientas cuentan desde el punto de vista jurídico?

Bajo el concepto genérico de ciberamenazas o ciberataques se agrupan muchos tipos de ciberincidentes, como son la ciberdelincuencia, el ciberterrorismo, el ciberespionaje, la ciberguerra...y cada suceso o amenaza, legítima o no, precisa de respuestas. No debemos olvidar que existen, como vamos a ver, ciberactividades de mayor o menor riesgo para la ciberseguridad que no entran en la esfera de un «ciberataque», entendido este como un ataque armado, y que

8 WEGENER, H., «La ciberseguridad en la Unión Europea», *Boletín IEEE*, julio 2014.

9 CZOSSECK, C., «State Actors and their Proxies in Cyberspace», en ZIOLKOWSKI, K., (Ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2013, pp. 1-30.

no están llamadas, por tanto, a activar la defensa nacional y, en un contexto más amplio, el derecho de los conflictos armados.

II. EL CIBERCRIMEN

Antes de abordar aquellas ciberoperaciones o ciberincidentes, que pueden legitimar una respuesta defensiva nacional, o el uso de contramedidas en el ámbito internacional, vamos a abordar el concepto de cibercrimen: el concepto es amplio y no existe una definición unánime del mismo¹⁰, si bien concurren determinados aspectos universalmente reconocidos, el más sencillo de ellos, el uso de métodos informáticos para la comisión de actos ilegales.

Una de las cuestiones fundamentales desde el punto de vista jurídico a la hora de discriminar un ciberdelito de una ciberoperación maliciosa o un ciberataque, es que el ciberdelito es cometido por individuos o grupos de individuos, y no por Estados. La dificultad aquí se encuentra en que, en ocasiones, las actividades de individuos o grupos de personas particulares pueden ser atribuidos a un Estado (bajo determinadas condiciones, como se establece en los artículos 6 y 8 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*). Ello cambiaría la naturaleza del hecho y la capacidad de respuesta jurídica del Estado, como veremos, si bien resulta de una dificultad técnica muy relevante la atribución de determinados eventos a un sujeto conocido, o la vinculación de dicho sujeto con un Estado, como sucedió en los ataques que sufrió Estonia en 2007.

En todo caso, además de ser cometidos por individuos o grupos de individuos, los cibercrímenes no suelen tener como base motivaciones de carácter político o vinculadas con la seguridad nacional, ni como objetivo dañar las redes, sistemas o infraestructura críticas¹¹, siendo las motivaciones económicas, o incluso de mero lucimiento personal, las más comunes. Ello no impide que, en ocasiones, nos encontremos con dichas motivaciones u objetivos políticos, fundamentalmente cuando entramos en el ámbito del ciberterrorismo, si bien

10 GORDON, S. and FORD, R., *On the Definition and Classification of Cybercrime*, 2 J. Computer Virology, n.º 13, 2006.

11 HATHAWAY, O.A.; CROOTOFF, R.; LEVITZ, P.; NIX, H.; NOWLAN, A.; PERDUE, W. Y SPIEGEL, J., «The Law of Cyberattack», *Yale Faculty Scholarship Series*, paper 3852, 2012, presentan varios ejemplos clarificadores sobre actos que constituirían cibercrímenes pero no ciberataques: 1º) Un actor no estatal comete un acto ilegal con motivación política o relacionada con la seguridad nacional utilizando medios informáticos pero sin intención de dañar la red o infraestructura del Estado: sería el caso de un individuo que expresa su descontento político utilizando medios cibernéticos, cuando dicha manifestación supone un delito bajo la ley nacional. 2º) Un actor no estatal comete un acto ilegal usando medios cibernéticos y daña la red o infraestructura, pero sin que exista una motivación política o vinculada a la seguridad nacional, sino fundamentalmente económica. 3º) Un actor no estatal realiza actividades ilegales empleando medios informáticos, pero sin que medie motivación política ni se produzcan daños a las redes o infraestructuras, como es el caso de la pornografía infantil en la red.

las dificultades que en el ámbito cibernético podemos encontrar a la hora de calificar y responder a acciones terroristas no difieren de las que se encuentran en el mundo real, especialmente cuando las vinculaciones con escenarios y actores en conflicto resultan evidentes.

Si bien es cierto que ante un cibervento real puede resultar en ocasiones complicado determinar su naturaleza, en otras, el carácter de cibercrimen es claro, como puede ser el caso de la pornografía infantil, el fraude, el acoso, etc. Del mismo modo, los sistemas y redes militares y gubernamentales son objeto de muchos ataques de diversa envergadura que están lejos de ser ciberoperaciones maliciosas por parte de otros Estados o agentes estatales, encontrándonos bien ante meros incidentes de seguridad, bien ante la comisión de ciberdelitos que exigen una respuesta desde la legislación nacional penal y procesal, y desde la cooperación policial y judicial internacional.

Esto último porque el ciberdelito es, en muchas ocasiones, un *crossborder crime*, y ello lleva aparejadas una serie de dificultades de investigación policial y judicial que deben ser limadas a través de acuerdos internacionales y, sobre todo, mediante una real voluntad de cooperación, de forma que se cubran los vacíos legales y se haga efectiva la coordinación. Uno de los mayores esfuerzos en este sentido se ha realizado a través de la *Convention on Cybercrime*¹², del Consejo de Europa (2001, Budapest), que España ratificó en 2010. Este Convenio divide el «cibercrimen» en 4 categorías:

1. Contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos.
2. Infracciones informáticas.
3. Infracciones relativas al contenido (pornografía infantil).
4. Infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines.

Así, para el Consejo de Europa, los delitos cometidos en el ciberespacio abarcan tanto actividades que atentan contra la integridad, la disponibilidad y la confidencialidad de los sistemas informáticos y las redes de telecomunicaciones como el uso de esas redes o sus servicios para cometer delitos tradicionales. Hablamos de acceso ilegal, interceptación ilegal, interferencia de datos y uso desviado de la infraestructura, entre otras cuestiones.

La Convención mantiene el principio de la territorialidad como criterio de atribución de competencia (artículo 22), y no introduce reglas de ampliación o extensión de la jurisdicción, si bien dicho principio de territorialidad se aplica también cuando el sistema informático víctima del ataque se encuentra en el territorio de un Estado, aunque el atacante no lo esté.

12 <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>.

En el ámbito de la Unión Europea encontramos la Directiva Marco para la lucha contra los ciberataques y la armonización del derecho penal de los Estados miembros y cooperación en la persecución penal¹³, que entró en vigor en octubre de 2003. Destaca también la Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal.

Si nos circunscribimos al ámbito nacional y al marco legal existente para enfrentar el cibercrimen, el Código Penal Español recoge la comisión de diversos tipos penales a través de las nuevas tecnologías: acoso, calumnias, chantajes, fraudes, pornografía infantil, sabotajes, revelación de secretos, delitos contra la propiedad intelectual; pero además, se ha procedido a la introducción de formas concretas de criminalidad inseparables del contexto informático (LO 5/2010 de 22 de junio), como el denominado «mero acceso no consentido» o *hacking* directo (acceso indebido o no autorizado con el único ánimo de vulnerar el *password* sin ánimo delictivo adicional): se castigará (i) a quien accede a un sistema informático de manera no consentida, independientemente de si lleva a cabo algún tipo de daño en el sistema o algún perjuicio al propietario del equipo; (ii) a quien se mantiene dentro de un sistema informático en contra de la voluntad de quien tiene el legítimo derecho a excluirlo; o el tipo penal de «daños informáticos» cuyo objeto material son «datos, programas informáticos o documentos electrónicos, así como los sistemas informáticos; es decir, los elementos lógicos (software) de un sistema informático. En definitiva, un objeto que se caracteriza por su naturaleza inmaterial, característica que, asimismo, le aleja totalmente del objeto material propio del genuino delito de daños»¹⁴.

En la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se incluye la tipificación de la interceptación de transmisiones entre sistemas, cuando no se trata de transmisiones personales, es decir, de transmisiones automáticas –no personales– entre equipos y se tipifica igualmente la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos.

La cuestión fundamental en relación con la ciberdelincuencia es que, si bien los cibercrímenes suponen, al igual que el crimen en general, una amenaza genérica y difusa contra la seguridad nacional e internacional, fundamentalmente en su faceta económica o terrorista, ello no los convierte en ataques que deban activar una respuesta de los medios de Defensa nacional, incluso en aquellos casos en el que el sujeto pasivo del delito es la administración militar, o, por poner un ejemplo, el perfil del JEMAD en Facebook. Por ello, el marco jurídico aplicable en estos casos, es una legislación penal y procesal en cuya

13 COM (2002) 173 final.

14 GÓMEZ TOMILLO, M., et. al., *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Lex Nova 2011.

aplicación intervendrán como agentes destacados las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los cuerpos policiales internacionales¹⁵, y, por supuesto, los órganos jurisdiccionales, lo cual no es óbice para que en todo el proceso se lleve a cabo una colaboración fundamental con otras entidades, especialmente los denominados CERT (equipos de respuesta a los incidentes de seguridad de la información), a través de los mecanismos adecuados.

En este contexto, es evidente que, como hemos señalado, las redes y sistemas de naturaleza o uso militar pueden ser objeto de cibercrímenes. Para tratar de evitarlo resulta legítima la construcción técnica de una arquitectura de defensa informática que limite la vulnerabilidad, así como el establecimiento de medidas de investigación forense tendentes a evitar incidentes similares en el futuro. Pero la persecución de los perpetradores deberá realizarse en el marco de una investigación policial y judicial adecuadamente articulada en base a la normativa interna de referencia anteriormente reseñada, no estando legalmente avalada la utilización por parte del personal militar o civil de las Fuerzas Armadas de herramientas informáticas que conlleven la vulneración de derechos fundamentales o constituyan a su vez una comisión delictiva. Debemos ser conscientes que la realización de cualquiera de las conductas antes descritas, como puede ser la interferencia de datos o el acceso a los sistemas ajenos sin la preceptiva potestad legal y autorización judicial es delito. El concepto de legítima defensa o estado de necesidad, no puede ser usado por la administración militar para que sus agentes (personal militar y civil) se vean exculpadados, desde el punto de vista penal, por la realización de actividades constitutivas de delitos, fuera del específico marco proporcionado por el derecho internacional.

III. EL CIBERESPIONAJE

Cuando hablamos de seguridad de datos e información, surge otra dimensión relevante y de gran importancia en el ámbito de la ciberseguridad nacional e internacional, y es la de la interceptación, monitorización y robo o extracción de datos, fundamentalmente, datos de carácter comercial, económico, industrial o político, o lo que podríamos denominar de forma genérica ciberespionaje¹⁶.

15 Donde cabe incluir el Centro Europeo de Lucha contra la Ciberdelincuencia (EC3), en EUROPOL, creado en 2013. La actividad del EC3 se centrará en las actividades ilegales en línea de las bandas de delincuencia organizada, especialmente en los ataques dirigidos contra las operaciones bancarias y otras actividades financieras en línea, la explotación sexual infantil en línea y los delitos que afecten a las infraestructuras críticas y a los sistemas de información en la UE. <https://www.europol.europa.eu/ec3>.

16 Sin que con ello pretendamos dar una definición de dicho concepto, sobre el cual está lejos de existir un consenso.

Resulta fundamental clarificar que el ciberespionaje estatal no es un ciberataque y tampoco es en sí mismo una violación de derecho internacional¹⁷, siempre y cuando en su ejecución no se violen las obligaciones legales internacionales, por ejemplo, la integridad territorial del otro Estado, o el derecho internacional de los derechos humanos, sino que se trata de un delito perseguible penalmente en función de las regulaciones nacionales y también del Convenio de Budapest, anteriormente citado. Como señalamos, el ciberespionaje puede conllevar en su desarrollo o ejecución el incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales, como es provocar daños físicos o vulnerar la inviolabilidad diplomática, pero, con carácter general, el espionaje extraterritorial de ciudadanos, compañías o gobiernos no está prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aun así, la envergadura de la cuestión en el ámbito del ciberespacio –la facilidad que los medios cibernéticos aportan a la actividad– está llevando a intentos de reinterpretación del concepto, con la intención de asimilarlo al uso de la fuerza o la violación de la integridad o soberanía internacional de un Estado, para posibilitar la aplicación de un marco jurídico más amplio. Por el momento, sin embargo, el ciberespionaje no constituye en sí mismo una actuación ilícita, siempre que, reiteramos, la ejecución en sí no suponga una violación de derecho internacional, como podría ser *hackear* las infraestructuras localizadas en territorio de otro Estado, dañándolas o restándoles funcionalidad, o crear una puerta trasera en una red con la intención de llevar a cabo un ciberespionaje y en el proceso dañar el equipo controlado por el sistema, o que usurpe o interfiera funciones de Gobierno.

IV. CIBEROPERACIONES MALICIOSAS

Dejando al margen la cuestión específica del cibercrimen y el ciberespionaje, ¿qué ocurre cuando nos encontramos ante una ciberoperación maliciosa?, ¿qué posibilidades y limitaciones de actuación tienen los Estados? En primer lugar, conviene remarcar que en el ciberespacio en ningún momento han dejado de ser aplicables los principios, normas y obligaciones del derecho nacional o internacional, en su caso, fundamentalmente en lo que al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales se refiere, y que implican la igualdad soberana, la no intervención en asuntos internos, y la prohibición del uso de la fuerza, ni el resto de las obligaciones que en base a derecho consuetudinario o a los tratados asumidos tengan los Estados.

17 Vid. ZIOLKOWSKI, K. «Peacetime Cyber Espionage – New Tendencies in Public International Law», en *Peacetime*, op. cit., pp. 421-463.

Es decir, al igual que ocurre en el ámbito físico, en el ciberespacio los Estados tienen una serie de obligaciones y derechos, y pueden ser responsables de violaciones de este marco jurídico, abriendo la posibilidad de respuesta de los Estados lesionados, respuestas que, a su vez, están sujetas a una determinada regulación.

Se ha hablado mucho, es más, parece haber sido sobredimensionado, el análisis jurídico de la aplicación del derecho de los conflictos armados al ciberespacio, tema en el que el *Manual de Tallin*¹⁸ se ha convertido en referencia imprescindible. Sin embargo, consideramos que, una vez existe una situación de conflicto armado, las dimensiones y dificultades que añade el empleo de métodos cibernéticos a la interpretación y aplicación de este cuerpo legal, sin dejar de ser importantes y presentar retos y dudas relevantes, como veremos posteriormente, no son más que una nueva faceta de «la guerra», que habrá que analizar en su justa medida. En su día a día, la mayoría de los Estados no están en una situación de conflicto armado, y a lo que se enfrentan es a la dificultad de determinar qué respuestas legítimas, que no supongan por su parte una vulneración del derecho internacional, pueden realizar frente a los ciberataques o ciberoperaciones maliciosas de las que son objeto.

Por tanto, ¿qué puede hacer un Estado frente a una ciberoperación dañina o maliciosa? Ello va a depender del carácter y/o efectos de dicha ciberoperación. Es decir, deberemos determinar si nos encontramos ante un ciberataque, ante un ciberuso de la fuerza o ante una ciberoperación o ciberactividad maliciosa que no alcanza dichos umbrales.

La distinción es importante porque responder a una ciberoperación mediante el uso de la fuerza, ya sea cinética o cibernética, solo es posible si se es objeto de un ataque armado.

¿Cuál es la relación entre ambos conceptos? Pues bien, el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza¹⁹, por tanto, un Estado que lanzase una ciberoperación que pudiese ser calificado como tal, estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales, y estaría sujeto a las responsabilidades respectivas. Por otro lado, abriría determinadas capacidades de respuesta al Estado lesionado, que analizaremos en unas líneas.

Por su parte, el artículo 51²⁰ de la Carta reconoce el derecho a la legítima defensa individual y colectiva, frente a un «ataque armado». Existe un amplio

18 SCHMITT, M. *Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge University Press, 2013.

19 Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: 4. 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.

20 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

consenso internacional respecto a las diferencias entre los conceptos de «uso de la fuerza», prohibida en el artículo 2.4 de la Carta, y cuya violación implicaría una determinada capacidad de respuesta de los Estados, pero no, a su vez, el uso de la fuerza, y de «ataque armado», como suceso que, en base a la señalada legítima defensa, permitiría el uso de la fuerza por parte del Estado víctima o lesionado (artículo 51), eso sí, bajo los criterios de necesidad y de proporcionalidad.

Por tanto, sólo un uso de la fuerza que alcance el umbral de ataque armado, debido a su escala y efectos, supondría base legal suficiente para activar la legítima defensa, y, en consecuencia, para que el Estado lesionado, a su vez pudiera usar la fuerza, ya sea cinética o cibernética, o ambas.

Así, una ciberoperación que pudiese ser calificada como uso de la fuerza, pero que no alcanzase el umbral de ataque armado, permitiría determinadas acciones de respuesta por parte del Estado víctima, pero no permitiría por su parte usar a su vez la fuerza como respuesta, por lo que si el Estado víctima respondiese con una ciberoperación de esa envergadura, estaría cometiendo una vulneración de derecho internacional.

En cuanto a la posibilidad de que una ciberoperación pueda ser considerada como un «ataque armado», debemos señalar que tradicionalmente dicho concepto ha implicado el uso de «fuerza cinética». Desde el punto de vista teórico, y si bien existen diversas posturas al respecto, parece haber ganado la batalla la interpretación analógica que concluye que un ciberataque puede ser considerado «ataque armado», de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, cuando sus efectos son equivalentes a los causados en un ataque que emplea fuerzas cinéticas convencionales²¹. Como señala la capitán auditor Velázquez Ortiz se abandona «así el tradicional método de determinar la existencia de un ataque armado basado en la naturaleza del ataque producido».

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.

21 Así, como señala VELÁZQUEZ ORTIZ A.P., en AMICH ELÍAS, C. y VELÁZQUEZ ORTIZ, A.P., «La ciberdefensa y sus dimensiones global y específica en la estrategia de seguridad nacional», en *Revista ICADE*, nº 92. Madrid 2014: «Dentro de los tradicionales métodos interpretativos para determinar si un ataque cae dentro de la definición de agresión ofrecida por Naciones Unidas, cobra fuerza la teoría interpretativa basada en los resultados. Abandonando, así el tradicional método de determinar la existencia del uso de la fuerza, basado en la naturaleza del ataque, se expone la teoría que aboga por considerar los efectos que pueda tener un ataque cibernético para, de este modo, determinar la adecuación del mismo al derecho internacional. En efecto, cabe precisar que la teoría basada en la naturaleza del ataque no puede resultar completamente adecuada en este caso, por el hecho de que nos encontramos con un tipo de amenazas que no responden de forma idéntica a la naturaleza de las que hasta ahora resultaban conocida».

¿Cuáles son los efectos que deberían producirse? Según los expertos internacionales, no hay duda de que causar heridos, muertos o graves daños a objetos físicos es un ataque armado, independientemente de que se usen medios cibernéticos, y ello podría ocurrir, por poner un ejemplo, al usar *malware* para provocar fallos de seguridad en una central nuclear, con pérdidas humanas. Cuando dichos efectos no se producen, existen dudas para calificar determinadas ciberoperaciones como ataques armados. Es el caso, por ejemplo, de un ataque a la bolsa de Madrid que provoque exclusivamente graves consecuencias financieras. Por otro lado, existen ciberoperaciones que claramente no pueden ser calificadas como ataque armado, como puede ser generar interrupciones en el funcionamiento de infraestructuras no esenciales. Surgen en este ámbito las dificultades relativas a determinar el momento de intervención. La legítima defensa se ejerce ante ataques ya acontecidos, en curso, o en su caso, inminentes, es decir, bajo el concepto, también discutido de la «última ventana de oportunidad». En este sentido, es importante diferenciar entre meros actos preparatorios y lo que es la fase inicial de un ciberataque, por ejemplo, la inserción de una bomba lógica²².

En todo caso, ser objeto de una ciberoperación lanzada por otro Estado que alcance el umbral de ataque armado no es, en principio, lo habitual en el panorama internacional. Es más habitual que los Estados se enfrenten a ciberoperaciones maliciosas que pueden ser calificadas como un «uso ilegal de la fuerza», lo que, a pesar de suponer una violación de derecho internacional, no legítima, a su vez, para responder con ciberoperaciones ofensivas.

El concepto de «uso de la fuerza» permanece sujeto a discusiones, de forma que algunos teóricos²³ argumentan que sólo el uso o amenaza de uso de la fuerza armada estaría prohibido por el artículo 2.4 de la Carta, siendo legítimo, por tanto, el empleo de otras acciones coercitivas no armadas por parte de los Estados²⁴. La famosa sentencia de la Corte Internacional de Justicia «Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua» (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14., establece que no todo uso de la fuerza prohibido por el artículo 2.4 tiene que ser de carácter armado, si bien las coerciones meramente económicas han sido siempre descartadas como «uso de la fuerza». Ciertamente es que con carácter general no es necesario la implicación de elementos militares o armados para

22 Una bomba lógica es una parte de código insertada intencionalmente en un programa informático que permanece oculto hasta cumplirse una o más condiciones preprogramadas, en ese momento se ejecuta una acción maliciosa.

23 Vid., por ejemplo, ZIOLKOWSKI, K., *Ius ad bellum in Cyberspace – Some Thoughts on the 'Schmitt-Criteria' for Use of Force*. Tallinn: NATO CCD COE Publications 2012.

24 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aunque existe consenso internacional en que no todas las acciones coercitivas son uso de la fuerza, la ya citada sentencia «Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua» (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14, también establece que no todo uso de la fuerza prohibido por el artículo 2.4. tiene que ser de carácter armado.

hablar de uso de la fuerza, pero sí que es necesario hablar de una determinada escala de intensidad y de gravedad de efectos para calificar una operación o ciberoperación como «uso de fuerza», por lo que, por ejemplo, una ciberoperación psicológica para ejercer presión económica no puede ser considerada «uso de la fuerza». Del mismo modo, amenazar con el uso de cibermedidas defensivas de posible efecto destructor de la infraestructura de un Estado, si dicho Estado realiza operaciones o ciberoperaciones en el territorio propio no sería una violación de la norma, pero amenazar con lanzar ciberoperaciones destructivas contra la infraestructura crítica de otro Estado si este no entrega una parte de su territorio sí sería una clara violación del artículo 2.4 de la Carta.

Supongamos que, debido a los efectos indudablemente graves de un ataque cibernético, podemos calificarlo de ataque armado. La siguiente dificultad para la capacidad de actuación de un Estado, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico, es un obstáculo que se ha revelado como uno de los factores principales que está modificando el clásico panorama del conflicto Estado-Estado, como es el de la atribución de los ataques, toda vez que una de las principales ventajas que puede proporcionar el ciberespacio es el anonimato, a través del manejo de diversas capacidades técnicas, como las redes *onion*, los *botnes*, o las bombas lógicas.

Ello hace necesario abordar cuestiones como frente a quién debemos defendernos si somos atacados y, en definitiva, contra quién dirigimos nuestra respuesta.

Existen muchas dificultades técnicas para determinar la autoría²⁵, que llevan al planteamiento de nuevos interrogantes como la posibilidad de responder «a ciegas» a un ataque, con el subsiguiente riesgo de causar daños a un Estado o incluso a individuos sin ningún tipo de responsabilidad en el ataque original. No debe olvidarse que la conducta de actores privados no es atribuible a un Estado, salvo que éste haya delegado explícitamente parte de sus funciones a una entidad privada o se actúe bajo las instrucciones, dirección o control de dicho Estado²⁶. Ello implica la necesidad de un asesoramiento técnico y jurídico a la hora de determinar las posibilidades de respuesta en cada caso concreto, analizando siempre la necesidad y proporcionalidad de la misma, en función de los datos conocidos y de las consecuencias reales.

El problema de la atribución se extiende a otras «ciberactividades maliciosas» que no alcanzan el umbral de ataque armado, ya sean uso de la fuerza, ya sean otras violaciones de derecho internacional. Ello es algo que debemos relacionar con los conceptos de soberanía, jurisdicción y deber de prevención,

25 PIHEL GAS, M. «Back-Tracing and Anonymity in Cyberspace», en *Peacetime...*, op. cit., pp. 31-60.

26 *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Art. 8).

los cuales tienen una importancia fundamental en el abordaje de la actuación de los Estados en tiempos de paz.

El ciberespacio se levanta sobre una arquitectura/infraestructura técnica y física, y dicha infraestructura física, así como las denominadas capas lógica y social, pertenecen a los Gobiernos y corporaciones situadas en territorios concretos. El Estado ejerce su soberanía y, por tanto, su jurisdicción sobre esos elementos físicos, lógicos y sociales, lo que, a su vez, implica la exclusión de la soberanía de cualquier otro Estado, y también el derecho a que la integridad de dichos elementos sea respetada por cualquier otro sujeto de derecho internacional. El hecho de que la conexión entre los diversos elementos físicos pertenecientes a diversos sujetos cree o genere un espacio sin fronteras no autoriza, desde un punto de vista jurídico, a considerar legítimo el empleo de la infraestructura de otros Estados, ya sea por motivos defensivos o agresivos, ya que la interferencia en esos elementos, sin consentimiento, supone una clara violación de la soberanía estatal.

Por otro lado, el uso de infraestructuras ajenas resulta relativamente sencillo desde un punto de vista técnico, y relativamente común, existiendo en ocasiones importantes dificultades técnicas para detectar un uso espurio de la arquitectura propia, surgiendo una nueva cuestión a tener en cuenta, la de determinar hasta qué punto se extendería el deber de vigilancia de un Estado sobre sus sistemas para cumplir con el «deber de diligencia debido» en el ámbito internacional, y hasta qué punto se le pueden exigir responsabilidades por las acciones maliciosas o los ciberataques lanzados desde dichos sistemas o infraestructuras.

Manteniendo siempre en mente el problema de la atribución, en los casos en que un Estado es víctima de una ciberoperación que no alcanza el nivel de ataque armado pero que es una violación de sus obligaciones internacionales por parte de otro Estado, el propio derecho internacional cuenta con mecanismos de ayuda en la defensa (no beligerante) de un Estado, como son las «contramedidas»²⁷. Las contramedidas son acciones (cibernéticas o no) tomadas por un Estado frente a la comisión por parte de otro de una violación de una obligación internacional, con el objetivo de terminar con dicha violación. Estas violaciones, que pueden ser realizadas con o sin medios cibernéticos, pueden tener su fuente tanto en un tratado internacional como el derecho internacional consuetudinario y van desde la intervención en los asuntos internos de un Estado (proporcionar *malware* a un grupo insurgente), violar la soberanía (lanzar una ciberoperación contra un *botnet* situado en territorio de otro Estado y que está siendo usado por criminales, desmantelando los

27 La adopción de contramedidas por un Estado aparece indisolublemente unido a la violación del derecho internacional y a la responsabilidad internacional de los Estados. Vid., *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*.

servidores del Estado –usurpación de funciones policiales), violar el derecho de paso inocente por el mar territorial, etc.

Las contramedidas son acciones que en sí mismas supondrían una violación del derecho internacional, si no estuviesen precedidas del comportamiento ilegal del Estado responsable y no cumpliesen con las condiciones establecidas para su uso, y que, bajo ninguna circunstancia, pueden articularse como uso de la fuerza, ya que ello supondría una violación del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas.

Además, no existen las denominadas «contramedidas anticipatorias». Un Estado no puede recurrir a las contramedidas antes de que haya tenido lugar una vulneración de sus obligaciones por parte de otro Estado. Otra condición imprescindible es que la violación tiene que ser atribuible a un Estado o sus agentes²⁸, surgiendo de nuevo el ya muy repetido problema de la atribución.

Ahora bien, el uso de las contramedidas también es viable si, aun sin poder realizar una atribución clara, nos encontremos ante la incapacidad o falta de voluntad de un Estado para adoptar medidas para atajar las actividades maliciosas que se originan en su territorio, aunque dicho Estado no sea responsable de las mismas, lo cual sí permitiría también la adopción de contramedidas por parte del Estado que está sufriendo el daño.

En todo caso, las contramedidas deben ser proporcionales a la situación, y no deben estar basadas en la represalia o el castigo, sino que su objetivo debe ser siempre terminar con la situación dañina e ilegal. Es detener el daño, no infringirlo. Del mismo modo, su aplicación implica la necesidad de que el Estado dañado le dé al Estado responsable la oportunidad de resolver la situación, y, en todo caso, notificar la decisión de adoptar contramedidas²⁹. Este es un punto importante en el ámbito cibernético, toda vez que es posible que un Estado no sepa, por ejemplo, que su ciberinfraestructura está siendo utilizada contra otro Estado. En todo caso, bajo determinadas circunstancias de gravedad, un Estado puede responder inmediatamente, sin necesidad de llevar a cabo la notificación señalada³⁰, si bien siguen aplicándose el resto de los condicionamientos jurídicos señalados.

A pesar de los requisitos y condiciones necesarios para el uso de contramedidas, debemos tener en cuenta que es uno de los recursos del derecho internacional más útiles y significativos en el panorama actual de la ciberseguridad, ya que permite un margen de maniobra a los Estados frente a conductas peligrosas

28 No debe olvidarse que conforme a las normas reguladoras de la responsabilidad de los Estados, las reglas de atribución pueden resultar más amplias, incluyendo actores privados que, a través de la legislación interna de un Estado, están ejerciendo competencias gubernamentales. Vid., *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Art. 6 and 7).

29 *Draft Articles...* Art. 43.2 y 52.1.

30 *Draft Articles...* Art. 52.2.

o dañinas que no alcanzan el umbral de un ataque armado, para intentar minimizar el daño.

El derecho internacional recoge otras posibilidades de actuación de los Estados frente a ciberoperaciones o ciberincidentes que los coloquen en situaciones de emergencia. Encontramos aquí el denominado «estado de necesidad», situación práctica que permitiría a un Estado adoptar medidas que de otro modo podrían ser ilegales en el ámbito internacional. Una de las cuestiones más interesantes a la hora de abordar esta posibilidad en el ámbito informático es que la atribución de la ciberoperación dañina no es una cuestión central, toda vez que la acción de respuesta del Estado bajo la situación de necesidad se dirige directamente contra el daño en sí mismo, y no contra otro Estado o contra los agresores (individuos o grupos). Sin embargo, el estado de necesidad no puede invocarse frente a cualquier situación de peligro más o menos grave sino que la medida de respuesta debe ser el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; con carácter general, está admitido en la doctrina internacional que una ciberoperación que pudiese en grave peligro las ciberinfraestructuras críticas de un Estado podría resultar base para acudir a un *contra-hacking*. Pero, del mismo modo que ocurre en el caso de la legítima defensa, cuestiones como la mera presencia de código potencialmente dañino en un sistema no puede ser calificado como un peligro gravísimo e inminente.

Otro requisito exigido en relación con la capacidad de respuesta de un Estado en base a la «necesidad» es que el propio Estado no puede haber contribuido a esa situación y que la medida adoptada debe ser la única respuesta posible. Es decir, mientras existan otras cibermedidas defensivas no invasivas ni vulneradoras de los derechos ajenos, acudir a una cibermedida activa y ofensiva no será justificable, aun en caso de extrema necesidad.

Por último, incluso en caso de que sea la única medida disponible, no puede, a su vez, comprometer un interés esencial del Estado del que proviene el ataque. Así, un *hacking* en los sistemas del adversario que provoque una destrucción total y permanente de los sistemas o su funcionalidad no resultaría admisible. Estos requisitos implican que también en este ámbito resulta altamente cuestionable la posibilidad de realizar una ciberoperación que podría ser calificada como uso de la fuerza prohibido por el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, bajo el paraguas de «estado de necesidad».

Si bien estas limitaciones, junto con las propias particularidades técnicas del ámbito en el que nos movemos lleva a algunos autores³¹ a cuestionar la utilidad real de esta posibilidad en el ciberespacio, lo cierto es que no debe olvidarse

31 Vid. GEIB, R., and LAHMANN, H. «Freedom and Security in Cyberspace: Non-Forcible Countermeasures and Collective Threat-Prevention», en *Peacetime...*, op. cit., pp. 621-657.

que el ciberespacio, como hemos ido viendo, no es un ámbito al margen de las posibilidades de actuación reguladas en el derecho internacional³², por lo que estas siempre deberán ser contempladas.

También existen determinadas conductas de los Estados, en este caso, conductas, acciones u omisiones en el ciberespacio que, aún siendo en naturaleza una violación de derecho internacional, resultan legítimas en base a determinadas circunstancias que excluyen la responsabilidad, como puede ser el propio consentimiento del Estado donde se realiza la acción, la fuerza mayor o el peligro extremo. En este último caso, por ejemplo, en caso de peligro para la vida, un agente estatal podría ejecutar una ciberactividad disruptiva en otro Estado, siempre que no cause un peligro mayor al que trata de evitar.

V. OPERACIONES DE PAZ Y CONFLICTOS ARMADOS

Hasta el momento, hemos visto diversas posibilidades de respuesta de un Estado frente a cibercrímenes y frente a ciberoperaciones maliciosas o peligrosas en un contexto de paz. Llegado a este punto, vamos a analizar brevemente, esas capacidades de actuación en otros contextos.

En primer lugar, vamos a revisar el marco jurídico y la capacidad de actuación de los Estados en una operación de paz como Estados contribuyentes de tropas a la misma, y, en segundo lugar, el marco jurídico aplicable y algunas de sus particularidades en el ámbito del ciberespacio en caso de conflicto armado.

- 1º) El marco jurídico que debe aplicarse a las ciberoperaciones o al empleo de medios e infraestructuras cibernéticos en una operación de paz no va a diferir del marco aplicable a las operaciones cinéticas. El desarrollo de toda la actividad operacional, cibernética o no, estará sometido al derecho internacional de los derechos humanos y, en su caso, a la correspondiente resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y a los límites en ella establecidos. En función de los mismos, se desarrollarán los correspondientes planes de operaciones y las consabidas reglas de enfrentamiento. Si bien es cierto que convendrá tener en cuenta la necesidad de incluir en estas referencias específicas relativas a los límites

32 Del mismo modo, cabría tomar en consideración que *a treaty based special necessity regime that is tailor-made for specific problems encountered in the cyber context should not be discarded out of hand. Special necessity norms are common in the international plane, either as emergency exceptions within treaties, or as a standalone body of rules concerned with a particular subject [...]* A treaty specifically focused on large-scale cyber incidents could help to resolve the legal uncertainties resulting from the application of the necessity doctrine in the cyber domain and at the same time help to confine the various risks and incalculability pertaining to the application of the general necessity norm of Article 25. Idem, p. 652.

del uso de la fuerza y a la capacidad de actuación con herramientas/ armas/infraestructuras cibernéticas, en función del mandato.

Sin menospreciar las particularidades y complejidades de las operaciones de paz, lo que resulta necesario destacar es que, independientemente de ello, las ciberoperaciones deberán ser consistentes con el mismo marco jurídico que las operaciones cinéticas, de tal forma que, dependiendo del propósito y límites del mandato de Naciones Unidas, o en su caso, de las autorizaciones del Estado que ha dado su consentimiento a la presencia de tropas de otro Estado, será posible o no realizar determinadas acciones cibernéticas como monitorizar las redes de terceras partes implicadas, usar medios informáticos para interferir temporalmente las comunicaciones (artículo 41 de la Carta de NU) o, en caso de que esté expresamente autorizado, lanzar ciberoperaciones que pueden alcanzar la calificación de uso de la fuerza (artículo 42 de la Carta de NU), causando daños físicos o pérdidas importantes de funcionalidad de los sistemas.

Del mismo modo, no debemos olvidar que la legítima defensa de los individuos o unidades ante ataques inminentes es consustancial a cualquier operación, por lo que, independientemente de las autorizaciones y limitaciones del mandato, siempre se podrán usar medios cibernéticos con dicha finalidad.

2º) Por último, procede realizar una breve referencia a algunos de los interrogantes que surgen a la hora de aplicar el derecho de los conflictos armados cuando en dichos conflictos existe esta dimensión cibernética: dichas cuestiones han sido ampliamente abordadas en el conocido *Manual de Tallin*³³, consistente en una serie de reglas de aplicación del derecho de los conflictos armados a este ámbito, entre las que destacamos, por su novedad, las siguientes:

- *¿Cómo abordar la neutralidad?*: la cuestión está directamente relacionada con el deber de diligencia al que se ha hecho referencia anteriormente, y por tanto a la obligación de un Estado neutral de monitorizar sus redes e impedir su uso por parte de los Estados beligerantes.
Por otro lado, muchas acciones de defensa frente ataques cibernéticos pueden exigir una recolocación inmediata de determinados elementos en la ciberinfraestructura de otro Estado, surgiendo la duda de si eso podría implicar la violación de la neutralidad de un tercer Estado.

33 SCHMITT, M. *Manual on the International Law applicable to Cyber warfare*, op. cit.

- Otra de las cuestiones más relevantes en este ámbito es el principio de distinción entre combatientes y no combatientes y la participación de civiles en las hostilidades. Si ya en el mundo físico existen en los conflictos actuales dificultades tanto jurídicas como prácticas para determinar la categoría a la que pertenecen determinados individuos (combatientes ilegítimos, terroristas, etc.), en el ámbito cibernético se produce un doble fenómeno. Por un lado, la alta especialización que exigen las nuevas tecnologías ha supuesto un notable incremento de la participación de personal civil en las estructuras militares, y parece lógico sostener que si un ciberataque es llevado a cabo por personal civil contratado, dichas personas perderían su protección como civiles, por participar activamente en las hostilidades. Por otro lado, y como hemos destacado, el ciberespacio aparece lleno de otros actores con una amplia capacidad técnica de actuación, cuya participación en un conflicto, avalados o no por el Estado, no es en absoluto descartable.
- No menos relevante resulta la determinación de objetivos legítimos, así, deben mantenerse las exigencias clásicas al respecto, esto es: necesidad militar, distinción, proporcionalidad, humanidad. En este sentido, por ejemplo, debe considerarse prohibido un ciberataque cuyas consecuencias pueden ser daños colaterales de pérdida de vidas y/o daños a objetivos civiles excesivos en relación con la concreta y directa ventaja militar, surgiendo además interesantes dilemas como el siguiente: un combatiente tiene un marcapasos con un desfibrilador incorporado, con una IP rastreable. ¿Puede utilizarse el desfibrilador para matarle?, ¿sería una opción más «humana»?

Existen más particularidades en la aplicación del derecho de los conflictos armados cuando el ciberespacio forma parte del conflicto y se usan medios e infraestructuras cibernéticas, si bien, como hemos destacado, es solo uno de los escenarios, y no el más común, en el que los Estados se enfrentan a ciberamenazas, y por tanto, solo uno de los posibles marcos jurídicos aplicables.

VI. CONCLUSIONES

Las capacidades legales de actuación del Estado y las limitaciones a la misma dependen de cuál es el peligro, amenaza o suceso que enfrenta:

- Ante el cibercrimen, el Estado deberá responder con su legislación penal y procesal, estando limitada la capacidad de los agentes estatales en función de sus atribuciones legales específicas y las autorizaciones

judiciales pertinentes. En estos casos, la administración militar y su personal pueden y deben desarrollar una estructura de defensa cibernética tendente a eliminar vulnerabilidades, aprender de los sucesos acontecidos y mejorar progresivamente la seguridad, pero no pueden verse implicados en ninguna ciberactividad de respuesta ofensiva ni de búsqueda o represalia de los responsables.

- Ante ciberoperaciones maliciosas por parte de otros Estados que supongan violaciones de derecho internacional, el Estado lesionado y sus agentes podrían responder con contramedidas, es decir con ciberoperaciones destinadas a terminar con la situación de daño o peligro, pero siempre bajo los criterios de proporcionalidad y necesidad, y nunca hasta un umbral que alcance el nivel de uso de la fuerza. Bajo determinadas circunstancias de Estado de necesidad, fuerza mayor o peligro extremo, determinadas ciberacciones o ciberoperaciones, ilícitas en naturaleza, podrían no serlo y ser desarrolladas por un Estado, siempre que se cumplan los condicionamientos jurídicos expuestos.
- En el ámbito concreto de participación del Estado en operaciones de paz, las ciberoperaciones deberán regirse por el mismo marco jurídico que la operación cinética, es decir, por el mandato de Naciones Unidas y las autorizaciones y limitaciones al uso de la fuerza en él contenidas, y siempre sin perder de referencia el derecho internacional de los derechos humanos.
- Si un Estado es objeto de un ataque armado, tendrá derecho a responder, también bajo los principios de proporcionalidad y necesidad, con ciberoperaciones que pueden calificarse como uso de la fuerza, en base al derecho a la legítima defensa individual y colectiva del artículo 51 de la Carta de NU.
- Por último, si un Estado participa en un conflicto armado, el derecho de los conflictos armados será plenamente aplicable, junto con otros regímenes como el derecho internacional de los derechos humanos, lo que implica que el Estado podrá ser tanto sujeto activo como pasivo de ataques, entre los que se encuentran aquellos ejecutados con medios cibernéticos, y estará sometido a los clásicos principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad.

Finalmente cabe señalar que siendo una de las mayores dificultades la atribución de los ataques, el desarrollo técnico para la seguridad y la defensa nacional de los Estados debe orientarse a aumentar las posibilidades de rastreo (*backtracking*) de un ciberincidente, para poder, en los casos en que sea posible, y necesario, responder a él adecuadamente. También es necesario, que los denominados *techis* y los asesores jurídicos en esta materia trabajen en un

vocabulario y desarrollo de conceptos común, con el fin de hacer más fácil la interacción, el asesoramiento y, en definitiva, la toma de decisiones.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

- AMICH ELÍAS, C. y VELÁZQUEZ ORTIZ, A. P. «La ciberdefensa y sus dimensiones global y específica en la estrategia de seguridad nacional», en *Revista ICADE*, n.º 92. Madrid 2014.
- GÓMEZ TOMILLO, M. et. al., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova. Madrid 2011.
- GORDON, S. and FORD, R. *On the Definition and Classification of Cybercrime*, 2 J. Computer Virology, n.º 13, 2006.
- HATHAWAY, O.A.; CROOTOFF, R.; LEVITZ, P.; NIX, H.; NOWLAN, A.; PERDUE, W. y SPIEGEL, J. «The Law of Cyberattack», *Yale Faculty Scholarship Series*, paper 3852, 2012.
- RYAN, J. AND RYAN D. «Neutrality in the context of cyberwar» en, WARREN, M., *Case Studies in Information Warfare and Security*. United Kingdom: Academic Conferences and Publishing Limited 2013, p. 34.
- SALVADOR CARRASCO, L. «Los problemas estructurales en el planteamiento de la ciberseguridad», *Boletín IEES*, 9/2014, julio 2014.
- SCHMITT, M. *Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge University Press 2013.
- SCHMITT, M. *The use of force in cyberspace, A Reply to Dr. Zorkowsky*. Tallinn: NATO CCD COE Publications 2012.
- TIKK, E., *International Cyberincidents. Legal considerations*, CCDCOE, 2010.
- WEGENER, H., «La ciberseguridad en la Unión Europea», *Boletín IEEE*, julio 2014.
- ZIOLKOWSKI, K., *Ius ad bellum in Cyberspace – Some Thoughts on the «Schmitt-Criteria» for Use of Force*. Tallinn: NATO CCD COE Publications 2012.
- ZIOLKOWSKI, K. (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*. Tallinn: NATO CCD COE Publications 2013.

Otras fuentes

- «Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua» (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14.
- *Convención de Ciberdelincuencia*. En <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>.

- *Directiva de Defensa Nacional 2008*. <http://www.defensa.gob.es/Galerias/politica/armamentomaterial/ficheros/DGM-directiva-defensa-nacional-1-2008.pdf>.
- *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. En http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.
- ENISA, *The Fight against Cybercrime - Cooperation between CERTs and Law Enforcement Agencies to fight against cybercrime - A first collection of practices*, ENISA, 2012.
- *Estrategia de Ciberseguridad Nacional*, Presidencia del Gobierno, 2013. En http://www.ieee.es/Galerias/fichero/OtrasPublicaciones/Nacional/Estrategia_de_Ciberseguridad_Nacional_2013.pdf.
- *Estrategia Española de Seguridad. Una responsabilidad de todos*, Gobierno de España, 2011. En: <http://www.defensa.gob.es/Galerias/politica/seguridad-defensa/ficheros/DGL-2011-EstrategiaEspanolaSeguridad.pdf>.
- *Estrategia de Seguridad Nacional. Un Proyecto Compartido*, Presidencia del Gobierno, 2013. En http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf.
- *Estrategia Europea de Ciberseguridad*. En <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/eu-cybersecurity-plan-protect-open-internet-and-online-freedom-and-opportunity-cyber-security>.
- Orden Ministerial 10/2013, de 19 de febrero, por la que se crea el Mando Conjunto de Ciberdefensa de las Fuerzas Armadas.

EL USO DE LA FUERZA EN LAS OPERACIONES MILITARES CONTEMPORÁNEAS: PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA DETENCIÓN DE PERSONAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LOS DISTINTOS ESTÁNDARES EN RELACIÓN CON USO DE LA FUERZA. EL PARADIGMA POLICIAL-JUDICIAL Y EL DEL CONFLICTO ARMADO. III. DIH Y DIDH ¿CONFLICTO O COMPLEMENTARIEDAD? IV. LOS CONFLICTOS CONTEMPORÁNEOS. V. LA DETENCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL. VI. CLASES DE DETENCIÓN. VII. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA EN EL DIDH. LA PRESUNCIÓN A FAVOR DE LA LIBERTAD. VIII. EL CONTENIDO DEL DERECHO EN CASO DE DETENCIÓN. IX. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD VINCULADA AL CONFLICTO ARMADO. LOS PRISIONEROS DE GUERRA. X. EL INTERNAMIENTO: DETENCIÓN DE CIVILES POR MOTIVOS DE SEGURIDAD. XI. LAS CATEGORÍAS RESIDUALES DE DETENIDOS EN EL MARCO DEL DIH RELATIVO A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES. XII. LOS DETENIDOS EN SITUACIÓN DE VIOLENCIA DISTINTAS AL CONFLICTO ARMADO DE NATURALEZA INTERNACIONAL. XIII. UN ENFOQUE DOCTRINAL AUTORIZADO EN RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS: EL CRITERIO DE JELENA PEJIC. XIV. EL PROCESO DE COPENHAGUE. XV. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. XVI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Para abordar el tema, y dado el privilegiado foro en el que se expone –que haría patética cualquier tentativa de enfocarlo como en una clase del grado de Derecho–

parece oportuno hacer una aproximación indirecta. Permitirnos, así, divagar un poco, al menos al principio. Se trata, para entendernos y no preocupar a la audiencia, de hacer patente un problema grave en los juristas, que es la frivolidad en el empleo del lenguaje. Frivolidad que puede conducir a confusión y desorientación a la hora de juzgar determinadas situaciones. Para ello proponemos analizar un término por todos oído y empleado en alguna ocasión: KAMIKAZE.

En sentido estricto¹, un kamikaze era un piloto militar de aviación japonés de la Segunda Guerra Mundial, que voluntaria y deliberadamente se lanzaba con su aeronave sobre un buque de guerra (en la práctica de los EE. UU.) con objeto de causarle el mayor daño posible. Normalmente, el piloto moría.

Sin embargo, en la *neolengua*² empleada en buena medida por los medios de comunicación, la palabra «kamikaze» ha adquirido un significado distinto, pasando a referirse a cualquier persona que se suicida, o al menos se pone en riesgo cierto de morir, matando consigo, o hiriendo, a otras personas. Esto incluye una buena porción de simples y vulgares crímenes como el homicidio, el asesinato, las lesiones o los estragos (que podrán o no englobarse en un delito de terrorismo), crímenes que en modo alguno se ven justificados o ennoblecidos por el hecho de que el criminal, por razones que solo a él y a sus eventuales instigadores atañen, muera al perpetrarlos. Así, ahora se habla de «kamikaze» para referirse a cualquier imbécil que, también voluntaria y deliberadamente, conduce un automóvil contra el sentido de la circulación en una carretera. O, últimamente, para referirse a un asesino que entra en una sala de fiestas con un cinturón de barrenos, o un AK 47, con objeto de matar a la mayor cantidad posible de concurrentes. La guinda que ponen algunos medios de comunicación suele ser el referirse al inevitable despedazamiento –o reducción a piltrafas de carne– del asesino suicida como «inmolación», y al asesino propiamente dicho como «mártir».

El ejemplo cobra su oportunidad si volvemos al significado original –es decir sin la perversión descrita arriba de la relación entre significante y significado– del término «kamikaze», y valoramos consecuentemente la legalidad de las distintas acciones descritas. De este modo comprobaremos que mientras, se mire como se mire, el conductor a la contra o el aspirante a convertirse en repulsiva carne picada son meros delincuentes, los pilotos kamikaze japoneses no hacían nada delictivo o siquiera ilegal. Es más. Según se mire incluso se podría considerar el sacrificio de estos últimos, voluntaria y conscientemente aceptado, como una suprema muestra de amor y de abnegación³.

1 Naturalmente no nos referimos al significado de la palabra en japonés, algo así como «viento divino». Por otro lado, la denominación oficial en las FF.AA. imperiales japonesas era *Shinpū tokubetsu kōgeki tai* (Unidad Especial de Ataque Shinpū) o su abreviación *tokkōtai*.

2 Aunque se abusa –o se abusaba, antes de que fuera proscrito por la progresía cultural– de las citas de Orwell, su idea acerca de la perversión del lenguaje como instrumento de dominación sigue siendo soberbia.

3 En un artículo ya antiguo aparecido en un suplemento del diario ABC, Juan Antonio Vallejo-Nájera se hacía eco de la publicación de un libro con cartas de los pilotos kamikaze dirigidas a sus familias. Destacaba la absoluta ausencia

Aunque se olvida con frecuencia, existen en derecho internacional dos marcos jurídicos en relación con el uso de la fuerza, y solo dos: el marco determinado por el derecho internacional de los derechos humanos (en lo sucesivo DIDH), y el marco del derecho internacional humanitario, o derecho de los conflictos armados (en lo sucesivo DIH). La actuación de los pilotos japoneses se enmarcaba en el segundo, y sus acciones se atenían al mismo. Ellos eran soldados, estaban en guerra, y atacaban abiertamente con aeronaves perfectamente identificadas a objetivos legítimos desde un punto de vista militar. Incluso el teatro de tales operaciones —el alta mar— hacía virtualmente imposible la producción de lo que se ha dado en llamar «daños colaterales». Necesidad militar, distinción, proporcionalidad. Por ello tales acciones fueron completamente ajustadas a Derecho, lo que no se puede decir de todos los demás ejemplos, se produzcan en situación de paz o de conflicto armado. Estos son los contextos en los que vamos a analizar el tema propuesto. A este respecto debemos destacar que, en nuestra opinión, la detención de personas es una forma de uso de la fuerza, que tiene un tratamiento propio en situaciones de conflicto armado. Hay que aclarar que, aunque haremos referencias al derecho español, sobre todo al final, la exposición se va a mover principalmente en el terreno del derecho internacional.

II. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LOS DISTINTOS ESTÁNDARES EN RELACIÓN CON EL USO DE LA FUERZA. EL PARADIGMA POLICIAL-JUDICIAL Y EL DEL CONFLICTO ARMADO

El principio del que partimos es el de que el uso de la fuerza difiere en las actividades de índole policial y en las militares⁴. Aunque al hablar de actividades militares hay que matizar, primero, que no todos los militares están dedicados principalmente a la guerra, como es el caso de la Guardia Civil o la Gendarmería. Y segundo, que incluso los ejércitos pueden desempeñar circunstancialmente funciones policiales. Por lo tanto, en realidad nos estamos refiriendo a la aplicabilidad del DIH. En el contexto del conflicto armado las reglas sobre uso de la fuerza van dirigidas a cumplir el primer propósito del enfrentamiento, que no es otro que la derrota del enemigo (la victoria, en términos clásicos), propósito al que se subordina toda otra consideración dentro de los límites permitidos por el DIH⁵, que aparentemente

de expresiones de odio al enemigo. De todas formas, que nadie interprete estas líneas como una reivindicación, desgraciadamente muy difícil, de la actuación en general de los soldados japoneses durante la Segunda Guerra Mundial y antes de ella (matanza de Nankín, trato a los prisioneros de guerra y a los internados civiles, etc.).

4 DAHL, A.W. «Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force», 2007, <http://home.scarlet.be/~ismllw/new/2007>, pp. 3-4.

5 STEPHENS, Dale and LEWIS, Michael W. «The Law of Armed Conflict — a Contemporary Critique». *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005.

son bastante más amplios que los que determina el DIDH en materias como la detención o el uso de la fuerza susceptible de causar la muerte⁶.

En el caso policial (nos referiremos a él como modelo o paradigma policial-judicial), como parte del sistema penal⁷, las reglas tienen como principal objeto la resolución de incidentes a ser posible sin la pérdida de vidas y sin lesionar a los implicados, incluidos los criminales, para su juicio y eventual castigo. Esta perspectiva estaría enmarcada, en términos de derecho internacional en el DIDH. En el marco del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH), por ejemplo, la fuerza *letal* sólo puede ser utilizada cuando sea absolutamente necesaria en los casos previstos en su artículo 2.2⁸.

Enfocado de otro modo, el paradigma policial-judicial se centra en la prevención y, en su caso, la resolución de incidentes más o menos aislados –sin perjuicio la existencia de estrategias o políticas de amplias miras– dentro de un equilibrio inestable, en el que se desarrolla nuestra vida en tiempo de paz, sin un objetivo global y final concreto. Los conceptos de victoria y derrota propios del conflicto armado, por su parte, sí que implican una visión con un objetivo concreto, a partir de cuya consecución, con el fin de las hostilidades, cesa la aplicación del marco jurídico excepcional del DIH⁹.

El uso de la fuerza por agentes encargados de hacer cumplir la ley está determinado por unos parámetros que, además de estar incluidos en las legislaciones internas¹⁰, y haberse ido concretando por vía jurisprudencial

6 SCHABAS, William A. «Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of jus ad bellum». *ISR. L. REV.* Vol. 40, N.º 2, 2007, pp. 604-606.

7 Resolución 169/XXXIV de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1979, sobre el «Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley».

8 «a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

9 *Unlike war, where the stakes are victory, [the maintenance of law and order] involves a form of violence directed towards the restoration of civil peace.* Opinión de Antoine Garapon, «Que signifie maintenir l'ordre?», *Esprit*, N.º 248, December 1998, pp. 121–33. Citado por BRANCHE, Raphaëlle, «Torture of Terrorists? Use of Torture in a "War Against Terrorism": Justifications, Methods and Effects: The Case of France in Algeria, 1954–1962». *IRRC*, Vol. 89, N.º 867, 2007, pp. 543-560., p. 551 n.

10 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En su preámbulo, apartado II, letra a) la Ley señala «Siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su «Declaración» sobre la policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley», se establecen los principios básicos de actuación como un auténtico «código deontológico», que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo el respeto de la Constitución, el servicio permanente a la comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación, el secreto profesional, el respeto al honor y dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función». En su artículo 5, en relación con los «Principios básicos de actuación» señala «c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su

–jurisprudencia interna y de tribunales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– se recogen en textos de *soft law* como el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley¹¹, y los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley¹², o, en el ámbito europeo, la Declaración sobre la policía, o el Código Europeo de Ética Policial¹³.

vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior».

- 11 Ver nota 6. Por ejemplo en su artículo 3: «Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas». En el comentario sobre este artículo se dice que «c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes».
- 12 «Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» que como veremos se ha convertido en punto de referencia en cuanto al uso de la fuerza, fuera del paradigma del conflicto armado. Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990. Entre sus contenidos merece la pena destacar: «2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo. 3. Se hará una cuidadosa evaluación de la fabricación y distribución de armas no letales incapacitantes a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a personas ajenas a los hechos y se controlará con todo cuidado el uso de tales armas. 4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. 5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas. (...) 9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida».
- 13 Resolución 690 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 8 de mayo de 1979, «Declaración sobre la Policía». Recomendación Rec (2001)10, adoptada por el Comité de Ministros de dicha institución, el 19 de septiembre de 2001. Código europeo de ética policial. The European Code of Police Ethics. Council of Europe, marzo 2002.

En un conflicto armado, con la aplicación del DIH, es no sólo legítimo, sino aceptable, el sacrificio de vidas –incluso de inocentes– en beneficio de un resultado deseado y necesario para fines militares, con el límite del principio de proporcionalidad¹⁴. Se puede matar al combatiente enemigo por el solo hecho de serlo¹⁵. También se puede privar de libertad sin dar muchas explicaciones y, desde luego, sin presentar cargo o acusación alguna. Puede objetarse a estas reflexiones que no toman en consideración aspectos esenciales del enfoque jurídico del problema, como son las características, el mandato, de la misión desempeñada por tropas en el exterior –*peacekeeping*, *peace enforcement*, etc-. Es, además, lo repetimos, un hecho reconocido que las fuerzas militares pueden desempeñar funciones policiales¹⁶. Ejemplos actuales no faltan. Las operaciones ATALANTA y SOPHIA son operaciones policiales de libro.

Sin embargo no vamos a profundizar en las detenciones que tienen como finalidad la sumisión a juicio de los detenidos, aunque estas se produzcan en la ejecución de una operación militar lanzada con ese objeto. Vamos a hacer una aseveración, que podríamos justificar detalladamente en un trabajo específico, para despachar el tema: este tipo de detenciones no presentan, en general, problemas de índole jurídica, sino práctica. Dicho de otro modo, en estos casos tanto el fundamento jurídico de la detención como el desarrollo de sus fases sucesivas, están bastante claros en el derecho interno de los Estados, y no difieren sustancialmente del régimen que se aplica en territorio nacional. Es más, debe observarse que, de hecho, las detenciones resultantes se desarrollan en territorio español, en buena medida. Tengamos en cuenta que operaciones como ATALANTA son en esencia operaciones navales, ejecutadas en aguas internacionales, y que los buques de guerra son, a todos los efectos, territorio nacional del Estado del pabellón. Una vez transferidos a la cadena de mando de la UE (caso de ATALANTA), debe ser suficiente con seguir los protocolos de actuación previstos en la documentación operativa, que tienen en cuenta, y se remiten, en buena medida, a la legislación de los Estados participantes. Por supuesto, si tales detenciones son efectuadas por buques españoles en alta mar, sin estar integrados en operaciones multinacionales, y sobre la base del artículo 23.4.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cuestión resulta aún más clara, existiendo, de hecho, un protocolo de actuación firmado entre el

14 SCHABAS, William A. «Lex Specialis? Belt and Suspenders?», *op. cit.*, 2007, pp. 592-613, 604-606.

15 Es una manera cruda de plantearlo, pero en esencia es cierto. En WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars*, 1977, (uso la edición española de 2001, *Guerras justas e injustas*, Paidós, Barcelona, se recogen varios ejemplos de situaciones que enfrentan a un dilema, y de la resistencia natural del hombre a matar. Por ejemplo (p. 197) cita a Robert Graves narrando cómo, siendo oficial en las trincheras occidentales durante la Primera Guerra Mundial, observó a un soldado alemán bañándose en la tercera fila de trincheras, y como eludió dispararle, aunque si lo hizo un sargento al que pasó el arma, sin ninguna contemplación.

16 De nuevo hay que citar el Código de conducta, comentario a su artículo 1º.

fiscal general del Estado y el JEMAD para estos casos, y habiéndose adaptado la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal a tales situaciones¹⁷.

Cabría, por supuesto, analizar otro tipo de operaciones, esta vez terrestres, como KFOR (al principio) o INTERFET, en las que el mandato respectivo atribuyó funciones policiales a los contingentes militares actuantes hasta la puesta en marcha de misiones policiales internacionales (policía de UNMIK, por ejemplo). Pero nos estaríamos apartando del foco del problema que tratamos de poner de manifiesto.

Y desde luego estamos circunvalando un aspecto jurídico esencial, puesto que es resbaladizo y dificulta la exposición: mientras que el marco jurídico relativo a los conflictos armados de naturaleza internacional es muy completo (incluyendo todo lo que se refiere a las privaciones de libertad), el de los conflictos armados sin esa naturaleza se reduce, en el plano convencional, al artículo 3 común a los convenios de Ginebra y, en el caso de que se pudiera aplicar, al escueto Protocolo II Adicional a dichos convenios. Por tanto, buena parte del análisis debe hacerse sobre el terreno, como decimos resbaladizo, del derecho consuetudinario. En cuanto a las situaciones de violencia que no alcanzan el umbral de aplicación del DIH, no existe un marco jurídico específico en el derecho internacional.

III. DIH Y DIDH. ¿CONFLICTO O COMPLEMENTARIEDAD?

Hoy, la mayoría de los Estados, España entre ellos, aceptan que el marco del DIDH es de aplicación en situación de conflicto armado¹⁸. Esto plantea problemas de coexistencia con el DIH. Los «derechos humanos fundamentales» son mencionados, por ejemplo, en los artículos 72 y 75 del Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra. También es procedente señalar que el quebrantamiento de las obligaciones establecidas en el DIH puede dar lugar, directamente, a la persecución penal de personas, no ya sólo en el plano interno sino en el internacional, y no simplemente a la «condena» del Estado por incumplimiento.

17 Artículo 520 ter de la LECR: «A los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo».

18 Tribunal Internacional de Justicia: Legalidad de la amenaza del uso del arma nuclear (opinión consultiva de 8 de julio de 1996), Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro defensivo en los territorios palestinos ocupados (opinión consultiva de 9 de julio de 2004), Sentencia sobre el caso de las actividades armadas en el territorio del Congo de 19 de diciembre de 2005.

Y desde luego, es evidente que el derecho internacional humanitario está sólidamente implantado a escala global¹⁹.

La articulación práctica de la complementariedad de los dos regímenes mencionados, en principio, sólo es relevante en supuestos de conflicto armado²⁰. En tiempo de paz no se suele dar la situación simétrica, aunque tampoco esto es absoluto²¹. La aplicación del DIH no se discute si existe un consenso en cuanto a la existencia de un conflicto armado internacional. Es más difícil su implantación en el caso de un conflicto interno, con arreglo al artículo 3 común o al Protocolo II a los convenios de Ginebra²².

Sin embargo, es muy importante que, en todo momento seamos conscientes de que la existencia de una operación militar internacional (y multinacional, en la mayor parte de los casos) amparada por una resolución del Consejo de Seguridad, o sobre la base de un consentimiento de las partes, no necesariamente implica que nos encontremos ante un conflicto armado. Y también es importante tener siempre en mente que el marco jurídico aplicable en tales operaciones no puede elegirse libremente por los Estados implicados, ni por los individuos. En algunos casos, acudir a ciertas previsiones del DIH, tales como el internamiento de seguridad, sobre todo si se hace con carácter indefinido y sin presentar cargos, puede parecer una vía cómoda de enfrentar la situación, pero, hay que insistir en ello, la aplicabilidad de tal marco jurídico no depende exclusivamente de la voluntad de los implicados.

De todas formas, el supuesto conflicto entre los dos regímenes (DIH/DIDH) es más aparente que real²³. Puede que en algunos casos se haya planteado

19 A 24 de octubre de 2011, 194 Estados eran parte de los cuatro convenios de Ginebra, 171 del Protocolo I, y 166 del Protocolo II.

20 SCHABAS, William A. «Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of *jus ad bellum*», *ISR. L. REV.* Vol. 40 N.º 2, 2007, pp. 592-613, p. 593. Naturalmente, esto se refiere a la doctrina y a los Estados que aceptan tal coexistencia. Por otro lado esta «complementariedad» está expresamente declarada por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General N.º 31 de 2004, citado: *The Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be especially relevant for the purposes of the interpretation of the Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.*

21 Con todo, queda un cierto espacio para la consideración del DIH como marco jurídico imperante puntualmente en tiempo de paz —una especie de negativo fotográfico de las situaciones de conflicto armado— como en el caso de la ocupación del cuartel de «la Tablada» en Argentina (informe N.º 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1997, caso 11.137, Juan Carlos Abella contra Argentina): La Comisión, en el párrafo 178, sostiene que los atacantes del cuartel se pusieron en situación de ser objetivos legítimos en el mismo sentido que los combatientes, aún en un hecho puntual como el examinado.

22 ORAKHELASHVILI, Alexander. «The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?» *EJIL*, Vol. 19, N.º 1, 2008, pp.161–182, pp. 176 y 177.

23 Lo difícil es, acaso, que la retórica de la complementariedad se transforme en una verdadera comprensión del tema por los actores implicados, en particular en caso de operaciones militares. TOBIN, John. «Seeking Clarity in Relation to the Principle of Complementarity: Reflections on the Recent Contributions of some International

el tema en términos políticos antes que jurídicos, atribuyendo un carácter más rudimentario al DIH, como un tosco instrumento de «guerra», frente al DIDH, como «derecho de la paz», incluyendo en esto una no escasa carga de prejuicios, alimentados por el hecho de que los principales defensores de la no exportabilidad del DIDH en caso de conflicto armado son Estados como EE. UU. e Israel. En el «debe» de estos últimos Estados hay que anotar el dar por sentado que la relación entre los dos regímenes era de carácter dialéctico, sin solapamiento ni mezcla²⁴.

El DIH es un compromiso de mínimos entre los Estados con el fin último de poder hacer la guerra, si se da el caso. El fin del DIDH es, en esencia, la protección de las personas principalmente frente a los Estados. Si, realmente, los derechos humanos estuvieran mejor protegidos por el DIH en un conflicto armado (argumento esgrimido por algunos, para rechazar la aplicación del DIDH), ¿por qué la resistencia a admitir una coexistencia espacial y temporal de ambos regímenes en tales situaciones? Podría llegarse a pensar que el motivo es que se considera al DIH como una barrera más fácil de franquear en relación, por ejemplo, con los asesinatos selectivos o con las privaciones indefinidas de libertad²⁵. Por otro lado parece haber un consenso acerca de que el DIH es *lex specialis* en relación con el conflicto armado. Ahora bien, ¿qué tipo de conflicto armado?

Se puede sostener, por lo tanto, que el enfoque de la complementariedad de los regímenes es no sólo posible, sino ineludible incluso en los supuestos de conflicto armado internacional. Pero ello opera básicamente para aquellos Estados que realmente están obligados por un marco jurídico protector de los derechos humanos de carácter regional como el CEDH. Incluso así, el problema es determinar qué entendemos por complementariedad. Hay quien sostiene

Bodies», *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8, 2007. PISCIOTTA, Linda. «La complementariedad tra diritti umani e diritto humanitario nei conflitti armati, tra teoria e prassi», *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*, (Irina Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord). Milán: 2007, pp. 67-92.

24 TOMUSCHAT, Christian. «Human Rights and International Humanitarian Law». *EJIL*, Vol. 21, N.º 1, 2010, pp. 15-23, p. 16.

25 A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, punto 47: «On the other hand, both the US and Israel have invoked the existence of an armed conflict against alleged terrorists («non-state armed groups»). The appeal is obvious: the IHL applicable in armed conflict arguably has more permissive rules for killing than does human rights law or a State's domestic law, and generally provides immunity to State armed forces. Because the law of armed conflict has fewer due process safeguards, States also see a benefit to avoiding compliance with the more onerous requirements for capture, arrest, detention or extradition of an alleged terrorist in another State. IHL is not, in fact, more permissive than human rights law because of the strict IHL requirement that lethal force be necessary. But labeling a situation as an armed conflict might also serve to expand executive power both as a matter of domestic law and in terms of public support». También ORAKHELASHVILI, Alexander. «The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: ...», 2008, *op. cit.* p. 166.

razonadamente que DIH y DIDH son esencialmente distintos, sobre todo, atendiendo al sujeto obligado por cada uno de ellos²⁶. El DIH debe ser respetado por todos los actores, tanto estatales como no estatales, mientras que el DIDH va dirigido, en términos de obligaciones, básicamente a los Estados. Por ello difícilmente se podría interpretar la actuación de actores no estatales a la luz del DIDH²⁷.

En la sentencia del caso Al-Jedda²⁸, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) razona, en un terreno muy próximo al DIH, que las resoluciones del Consejo de Seguridad, en su ambigüedad habitual, deben ser ejecutadas –por los Estados partes– eligiendo la interpretación de las mismas que esté más en armonía con la Convención europea²⁹. De esta manera, por exponerlo de una forma gráfica y acudiendo a un ejemplo pertinente en relación con el tema que nos ocupa, las posibilidades que ofrece el DIH en relación con la privación de

26 OLSON, Laura M. «Practical Challenges of Implementing the Complementarity Between International Humanitarian and Human Rights Law—Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-international Armed Conflict». *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, 2009, pp. 437-461, p. 450. También en DROEGE, Cordula. «The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict». *ISR. L. REV.* Vol. 40, N.º 2, 2007, pp. 310-355, p. 336.

27 Por ejemplo, en el resumen ejecutivo del Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, se dice expresamente que «Algunas de las afirmaciones y conclusiones del Informe han sido alcanzadas a la luz del derecho internacional humanitario, vale decir, el derecho de los conflictos armados. Las normas del derecho humanitario que rigen las hostilidades internas, se aplican igualmente y expresamente obligan a todas las partes en el conflicto, vale decir, las fuerzas de seguridad del Estado, los grupos armados disidentes y sus respectivos agentes y mandatarios. El derecho humanitario ha provisto a la Comisión, en el curso de la preparación de un Informe como este, de un conjunto de estándares normativos aceptados que le permiten examinar la conducta no solo de las fuerzas de seguridad del Estado sino también de sus opositores armados. La Comisión desea clarificar que ha analizado los actos de los grupos armados disidentes solo a la luz del derecho humanitario, mientras que ha utilizado tanto las normas de derechos humanos como del derecho humanitario para analizar la conducta de los agentes del Estado, sus mandatarios y aquellos que operan con su tolerancia o aquiescencia.»

28 Al-Jedda v. the United Kingdom. Application N.º 27021/08. Sentencia de fecha 7 de julio de 2011.

29 Al-Jedda, párrafo 102. «In its approach to the interpretation of Resolution 1546, the Court has reference to the considerations set out in paragraph 76 above. In addition, the Court must have regard to the purposes for which the United Nations was created. As well as the purpose of maintaining international peace and security, set out in the first subparagraph of Article 1 of the United Nations Charter, the third subparagraph provides that the United Nations was established to “achieve international cooperation in ... promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms”. Article 24(2) of the Charter requires the Security Council, in discharging its duties with respect to its primary responsibility for the maintenance of international peace and security, to “act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations”. Against this background, the Court considers that, in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on Member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a Security Council Resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations’ important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law».

libertad podrían ser complementadas, en cuanto a las condiciones de dicha privación, por el DIDH. La sentencia mencionada da un paso adelante al entrar a interpretar la interacción del régimen de ocupación (o pseudo-ocupación, ya que esta técnicamente había cesado) con el DIDH³⁰.

Hay que recordar, además, la previsión del apartado 8 del artículo 75 del Protocolo I adicional en el sentido de que no debe ser interpretado como una limitación a otros regímenes que ofrezcan una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional³¹. En cualquier caso, en el caso de detenciones producidas en conflictos armados de naturaleza no internacional, la complementariedad se hace aún más patente, dada la escasa regulación de las detenciones en tal tipo de conflictos.

IV. LOS CONFLICTOS CONTEMPORÁNEOS

Todo lo expuesto hasta ahora elude el problema esencial que presentan la mayoría de las operaciones militares contemporáneas y que ya hemos adelantado. Este problema no es otro que la constatación práctica de que los conflictos actuales rara vez son, o serán, conflictos armados de naturaleza internacional, o incluso conflictos armados en sentido amplio, incluyendo los de naturaleza no internacional. Y lo calificamos como «problema» por la trascendencia que esto tiene a la hora de determinar el marco jurídico aplicable, y en definitiva lo que se puede o no se puede hacer.

Los conflictos que prevemos no tienen lugar entre Estados, no hay batallas decisivas, los conceptos de victoria y derrota se diluyen en un feo caos, sin mucho margen para la gloria o el heroísmo... De hecho, muchas de las intervenciones

30 Postura que ya tiene sus críticos, cómo PEJIC, Jelena. «The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law». *IRRC* Vol. 93, N.º 883, 2011, pp. 837-851. Por su parte la propia sentencia Al-Jedda, párrafo 107 señala: «However, even assuming that the effect of Resolution 1546 was to maintain, after the transfer of authority from the Coalition Provisional Authority to the Interim Government of Iraq, the position under international humanitarian law which had previously applied, the Court does not find it established that international humanitarian law places an obligation on an Occupying Power to use indefinite internment without trial. Article 43 of the Hague Regulations requires an Occupying Power to take "all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country" (...). While the International Court of Justice in its judgment *Armed Activities on the Territory of the Congo* interpreted this obligation to include the duty to protect the inhabitants of the occupied territory from violence, including violence by third parties, it did not rule that this placed an obligation on the Occupying Power to use internment; indeed, it also found that Uganda, as an Occupying Power, was under a duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law, including the provisions of the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights, to which it was a signatory (...). In the Court's view it would appear from the provisions of the Fourth Geneva Convention that under international humanitarian law internment is to be viewed not as an obligation on the Occupying Power but as a measure of last resort ...».

31 PEJIC, Jelena. «Procedural Principles and Safeguards for Internment/ Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence». *IRRC*, Vol. 87, N.º 858, 2005, pp. 375-391, p. 378.

militares actuales no se rigen en modo alguno –o en muchas de sus fases– por el DIH. De ahí la importancia que cobran las reglas de enfrentamiento o ROE³². Pero incluso contando con este instrumento, subsisten muchos problemas a los que el Derecho no siempre puede dar una solución satisfactoria. Baste referirse a una cuestión esencial, centrándonos en el tema que nos ocupa: El DIH y el DIDH dan un tratamiento muy diferente a dos derechos humanos que nos atrevemos a calificar como los más importantes. Estos son el derecho a la vida y el derecho a la libertad. Aunque, por pura lógica, parece evidente que si no hay una situación de conflicto armado, los estándares de actuación y de uso de la fuerza por parte de los miembros de ejércitos serán los propios del modelo policial-judicial (incluyendo el *soft law*, al que ya hemos hecho referencia), lo cierto es que los vacíos son a veces inquietantes.

En lo que se refiere al derecho a la vida, el artículo 2 del CEDH deja claro que tal derecho está protegido por la ley y que nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena. Establece, en su apartado 2, una serie de excepciones. Pero, sobre todo, su artículo 15 –relativo a las derogaciones– recoge que aunque no se autoriza ninguna derogación del artículo 2, esto no obra «para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra». Es notorio que el marco del DIDH abre una puerta al DIH, aunque ello implica una valoración de los actos resultantes en muerte conforme a las reglas de este último.

De acuerdo con el DIH, en un conflicto armado internacional, cualquier combatiente enemigo –que no esté fuera de combate– es un objetivo militar legítimo y por lo tanto se le puede hacer objeto de un ataque que le cause incluso la muerte. Y ello sin aviso ni intimación previa. Es lo que se llama privilegio o inmunidad del combatiente³³. Podría sostenerse la extensión de este principio al conflicto armado de naturaleza no internacional, con ciertos matices. Debe destacarse que esta posibilidad se contempla no sólo para militares, sino también para civiles que han perdido su protección por su participación directa en las hostilidades. La cuestión más polémica a este respecto, el de los mal llamados «asesinatos selectivos», ha sido profusamente estudiada en tiempos recientes³⁴. Simplificando, en esta materia es muy importante tener en cuenta

32 Al tratarse de órdenes emanadas (en teoría) del correspondiente nivel político, liberan hasta cierto punto al mando militar de tener que analizar la situación sobre el terreno caso por caso, en lo que se refiere al uso de la fuerza, y pueden, por otro lado, adaptarse a escenarios rápidamente cambiantes entre el conflicto armado y situaciones de violencia que no alcanzan dicho umbral. Se supone –y es un acto de fe– que la legalidad de tal uso de la fuerza ya ha sido analizado en un nivel superior.

33 El lado malo es que también nosotros seríamos objetivos legítimos, y nadie puede ser perseguido criminalmente por matarnos si se atiene al DIH.

34 Es muy recomendable el documento «A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Study on targeted killings», 28 de mayo de 2010. También el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de Israel HCJ 769/02 de 14 de diciembre de

que hay acciones que se pueden llevar a cabo legalmente en un conflicto armado, pero no en tiempo de paz. Conforme al DIDH (y nuestro Derecho, entre otros), solo en una situación en que tal medida fuera absolutamente necesaria para proteger un bien jurídico equivalente o superior (simplificando, la legítima defensa) cabría matar a una persona en vez de detenerla para su ulterior procesamiento.

Ello no quiere decir que en la práctica no se haga. No obstante, acciones recientes (2015) llevadas a cabo por el Reino Unido y por Francia en Siria, consistentes en la muerte de *yihadistas* de esas nacionalidades, han sido justificadas por los respectivos gobiernos con el argumento de la aplicabilidad del DIH a la situación. El problema es que la aplicación, o no, del DIH no depende en exclusiva de la voluntad de los Estados implicados, como ya hemos dicho, por razones que deben ya resultar patentes³⁵.

V. LA DETENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL

Pero el tema específico de la exposición no es el derecho a la vida, sino la detención, aunque estén casi indisolublemente relacionados³⁶. La detención, referida a personas, no es otra cosa que una privación o restricción de libertad ambulatoria. Hasta hace relativamente muy poco, el individuo no era sujeto del derecho internacional³⁷. Por ello no debe extrañar que la detención haya permanecido principalmente en el ámbito de los derechos domésticos³⁸, salvo contadas excepciones entre las que se encuentra el estatuto del prisionero de guerra o el del internado civil. Ha sido en el desarrollo del derecho internacional

2006, «Public Committee Against Torture in Israel, Palestinian Society for the Protection of Human Rights and Environment v. State of Israel». En cuanto a análisis doctrinales es muy completo el de MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

35 Se suele citar como umbral de aplicación del DIH relativo a los conflictos internacionales el previsto en el artículo 2 común a los convenios de Ginebra. En cuanto a los conflictos no internacionales regidos por el artículo 3 común a los convenios, se suele emplear la decisión del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Tadić. La aplicación del Protocolo II adicional requiere, según su artículo 1 muchos requisitos y, por otro lado obliga, en esencia, al Estado territorial en el que se desarrolla el conflicto.

36 De hecho, un problema es que muchos implicados en operaciones militares desarrolladas en contextos distintos al conflicto armado, probablemente influidos por las prácticas de ciertos Estados, ven el asesinato selectivo como una alternativa válida a la detención cuando esta presenta dificultades prácticas de ejecución.

37 GAJA, Giorgio. «The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective». *EJIL*, Vol. 21, N.º 1, 2010, pp. 11–14 y CLAPHAM, Andrew, «The Role of the Individual in International Law». *EJIL*, Vol. 21, N.º 1, 2010, pp. 25–30. A lo largo del artículo, este autor reflexiona sobre la evolución en los últimos sesenta y tantos años, de la consideración del individuo en el derecho internacional, desde el derecho penal internacional –obligaciones para el individuo– hasta la existencia de recursos accesibles para hacer valer sus derechos.

38 La detención de personas era un acto estrechamente vinculado a la soberanía de los Estados. De ahí que resulte en algunos aspectos chocante en un contexto de derecho internacional, y ello aún a sabiendas de la crisis del propio concepto de soberanía. JACKSON, John H. «Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept». *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 782-802.

de los derechos humanos cuando la detención ha cobrado cierta importancia para esta rama del Derecho, dado que, probablemente, «después de la vida, el bien jurídico más importante es el de la libertad personal»³⁹.

Como venimos diciendo, existe una cierta ambigüedad consustancial a las operaciones militares llevadas a cabo actualmente en el marco del sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas, y evidentemente debe tenerse en cuenta en todo momento el carácter de *lex specialis* del derecho internacional humanitario. No obstante, la aplicabilidad de éste, en principio, está condicionada a la existencia de un conflicto armado de la naturaleza que sea –internacional o interno– quedando las cuestiones relativas al individuo, en otras situaciones imaginables, en el ámbito de los derechos humanos. En cualquier caso, el concepto de la detención admite, e incluso necesita, varias aproximaciones. De momento vamos a hablar de la detención en términos generales.

Desde un punto de vista material, la detención no es sino la situación fáctica que tiene lugar siempre que a una persona se le impide realizar una conducta que voluntariamente realizaría de no existir una coerción exterior que se lo imposibilita, o se le priva de la libertad ambulatoria, tanto impidiendo que abandone un lugar como conduciéndola contra su voluntad a otro⁴⁰.

La detención llevada a cabo por cuerpos del Estado es una de las cuestiones mas cuidadosamente delimitadas en los derechos internos, y el desarrollo de todo un sistema para su control ha ido jalonando, mas que cualquier otra cosa, la evolución de los sistemas de protección de los derechos individuales en las naciones convencionalmente llamadas civilizadas, a través de institutos como el *habeas corpus*.

Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa la situación dista de ser clara. A título de ejemplo, si un individuo, en situación de normalidad política e institucional, encontrándose en territorio español, sabe, o puede saber cuales son sus derechos concretos en caso de detención, parece ser, observando la práctica contemporánea, que no ocurre lo mismo si la detención se practica por fuerzas militares españolas en el territorio de otro Estado, especialmente si dicha detención se produce en una situación distinta al conflicto armado. Como veremos, ya se admite en el ámbito político –y desde luego sin complejos en el académico– que las convenciones de Ginebra y sus protocolos no dan respuesta a todas las situaciones relacionadas con el trato a los detenidos en operaciones militares⁴¹.

39 CLIMENT DURAN, C. *Detenciones ilegales policiales*. Valencia: Tirant Lo Blanch 1998, p. 21. Un estudio general en GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*. Tirant Lo Blanch-Universidad de Valencia 1995.

40 *Ibidem*, p. 68.

41 OSWALD, B. «Detention of Civilians on Military Operations: reasons for and challenges to developing a special law of detention». *Melbourne University Law Review*, vol. 32, 2008, pp. 524-553, p. 526. Significativamente,

VI. CLASES DE DETENCIÓN

Está claro, por tanto, que dejando aparte el contenido básico de la medida de detención, arriba descrito como una privación o restricción de libertad, esta presenta perfiles distintos cuando lo analizamos desde la perspectiva de los derechos internos o desde la del derecho internacional.

En cuanto a la primera perspectiva, la detención puede ser una medida vinculada a la persecución penal, o una medida administrativa con otros fines tales como la expulsión de inmigrantes ilegales o la garantía de la seguridad general en un caso de epidemia o en un estado de excepción, por ejemplo.

En cuanto a la perspectiva de derecho internacional, y dejando aparte la cuestión de las detenciones con fines de extradición o entrega a tribunales internacionales, es en el marco de las operaciones de paz en el que más se ha desarrollado el concepto. En una primera aproximación, cabría distinguir las operaciones internacionales regidas por el derecho de los conflictos armados (Irak, en 1991, MONUC, Libia en 2011, etc.) y las que no (SFOR, KFOR, UNIFIL). Así, en el primer tipo de operaciones cabría incluir a los prisioneros de guerra, a los asimilables a estos⁴², a los internados civiles, a los detenidos por razones de seguridad⁴³ y a las personas acusadas o condenadas por delitos relacionados con el conflicto.

En el segundo tipo de operaciones podría situarse a las personas detenidas por constituir una amenaza para la fuerza militar desplegada, es decir, por motivos de seguridad, y los criminales, en el mismo sentido que en el grupo anterior⁴⁴. Este es el esquema de partida. Hay que anticipar que no es en modo alguno una cuestión pacífica, en particular en lo que se refiere a la detención realizada por fuerzas militares internacionales en el curso de una OMP que no tenga los perfiles de conflicto armado internacional⁴⁵.

este autor cita al asesor jurídico del Departamento de Estado estadounidense John Bellinger III, que en 2007 declaró «the United States is firmly committed to the law that applies. We're also committed to working with other countries around the world to develop new legal norms in cases where existing law does not give one the answers. But what we do think is problematic is to simply suggest that the Geneva Conventions provide all of the answers in fighting international terrorism, and that countries simply need to follow the Geneva Conventions and that is the end of the matter».

42 NAERT, F. «Detention in Peace Operations: The Legal framework and Main Categories of Detainees». *Institute for International Law, Working Paper N.º 94*, 2006, <http://law.kleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP94eng.pdf>.

43 HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.). *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VOLUME I. RULES*, International Committee of the Red Cross. Cambridge University Press 2005, p. 428.

44 NAERT, F. «Detention in Peace Operations ...», 2006, *op. cit.*, *passim*.

45 Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm> : «4564. La expresión "personas privadas de libertad" se ha escogido de preferencia a términos más específicos, como prisioneros o detenidos, para poner de manifiesto la amplitud del ámbito de aplicación del artículo, que cubre todos los detenidos y personas cuya libertad ha sido restringida por motivos relacionados con el conflicto, sin otorgarles un estatuto particular. Esta elección

VII. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA EN EL DIDH. LA PRESUNCIÓN A FAVOR DE LA LIBERTAD

La detención es, básicamente la privación de libertad física, ambulatoria, y este es pues el derecho básico objeto de protección⁴⁶, en su caso. La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁹, el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰, y la Carta Africana sobre los

no es, sin embargo, muy oportuna, ni en francés –*personnes privées de liberté*– ni en español, si se compara con la versión inglesa, mucho más explícita: *persons whose liberty has been restricted*».

46 VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. «Doce tesis en materia de detención policial preprocesal». *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 207-230, p. 207.

47 Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

48 Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. Artículo 11: Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

49 Artículo 7. Derecho a la libertad personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

50 Artículo 5: Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un

Derechos Humanos y de los Pueblos⁵¹, hacen referencia a tal derecho en su articulado con mayor o menor profundidad. Por encima de todo, el sistema europeo dispone de un tribunal, ante el que se pueden interponer denuncias individuales (una vez agotados los recursos internos), lo que lo diferencia del resto de sistemas de protección de los derechos humanos asociados a los demás convenios, con la excepción parcial de la Convención americana, cuyo marco normativo, sin embargo, no atribuye *ius standi* a los individuos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El derecho a la libertad y seguridad no se ve necesariamente afectado por la existencia de límites o cortapisas a la hora de desplazarse a determinado lugar, o para acceder a ciertos espacios. Tales limitaciones, su legalidad más bien, tendría como referencia otro derecho, el de libre circulación⁵².

Hay, incluida en la enunciación del derecho en cualquiera de los textos mencionados, una presunción a favor de la libertad de la persona⁵³. Dicho de otro modo, la libertad de movimientos es el estado natural de la persona y debe ser respetado salvo que concurren circunstancias excepcionales que,

tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

51 Artículo 6: Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente.

52 Artículo 13 de la DUDH, art. 12 del PIDCP, art. 22 del Pacto de San José, art. 12 de la Carta Africana. MCADAM, Jane. «An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty». *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 12, 2011.

53 MACOVEI, Monica. *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 4 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No. 5. Directorate General of Human Rights. Council of Europe, Strasbourg, 2002, p.8.

en el caso del CEDH aparecen enumeradas⁵⁴. Además, cualquier privación de libertad debe realizarse conforme a un procedimiento también establecido por la ley. Básicamente, se trata de una prohibición de las detenciones arbitrarias. Es, sin embargo, uno de los derechos humanos susceptibles de derogación temporal en supuestos concretos previstos por los convenios⁵⁵.

Estos supuestos no están igual de detallados en todos los convenios citados. Es el CEDH el que trata el tema con más detenimiento y parece por lo tanto oportuno referirse preferentemente a él. El artículo 5.1 incluye los supuestos de (a) la ejecución de una sentencia, (b) la desobediencia a orden judicial o aseguramiento del cumplimiento de una obligación establecida por la ley⁵⁶, (c) la detención policial o ciudadana con el fin de persecución penal, (d) la de menores en determinados supuestos, (e) la de personas susceptibles de propagar enfermedades, enajenados, alcohólicos y vagabundos, y (f), las relacionadas con las leyes de inmigración y procedimientos de extradición⁵⁷. Sin adelantar conclusiones, parece pertinente subrayar que entre ellas no está

54 En definitiva, en el caso de la prisión provisional, es la otra cara de la presunción de inocencia. El escrutinio realizado por el juez, en su revisión de la medida privativa de libertad debe ser real, partiendo de la base de que cualquier persona debe encontrarse en libertad. En *Mansur v. Turkey* (319-B, 8 de junio de 1995), el Tribunal Europeo consideró que las resoluciones judiciales estereotipadas para autorizar la continuación de la detención no eran suficiente para romper tal presunción.

55 Artículo 4 PIDCP. «1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social». Artículo 15 CEDH. «Derogación en caso de estado de excepción. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional». CADH Artículo 27, «Suspensión de garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

56 MACOVEI, Monica. *The right to liberty and security...*, 2002, *op. cit.*, p. 41. La segunda parte de este punto no resulta muy clara, y ha debido ser complementada por la jurisprudencia, en el sentido de que debe tratarse de una obligación concreta o específica tal como llevar a cabo el servicio militar o civil, portar documentos de identidad, obligaciones tributarias, etc. No entra en esta categoría el incumplimiento de obligaciones contractuales, conforme al artículo 1 del 4º protocolo al CEDH.

57 Las leyes de inmigración y las detenciones con vistas a la extradición son un terreno muy resbaladizo, en el que las posibilidades de actuación por parte de los poderes públicos se ven ampliadas. ANGELSON, Meredith. «Beyond the myth of "good faith": Torture Evidence in International Extradition Hearings». *International Law and Politics*, vol. 41, 2009, pp. 603-653.

incluido el internamiento de civiles por motivos de seguridad abstracta ni, obviamente, el de los prisioneros de guerra.

VIII. EL CONTENIDO DEL DERECHO EN CASO DE DETENCIÓN

En caso de privación de libertad, hay una serie de obligaciones para los aparatos estatales implicados, que delimitan unos derechos de la persona privada de libertad –consecuentemente los límites materiales del derecho a la libertad ambulatoria– y que sucintamente son los siguientes:

- a) *Derecho a ser informado de las causas de la detención.* Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.9.2), como el CEDH (art.5.2) y el Pacto de San José (art.7.4), recogen expresamente la obligación en caso de detención de una persona, de informar a esta de los motivos de su detención⁵⁸. El CEDH exige que dicha información sea dada en una lengua que comprenda la persona detenida⁵⁹, y en el plazo más breve posible⁶⁰. Además y en esto también coinciden básicamente todos los textos mencionados, la persona detenida debe ser informada de cualquier acusación o cargo contra ella dirigidos. Evidentemente esta última previsión se refiere únicamente a los supuestos en que la detención tenga un fin de persecución penal y no a los otros supuestos de privación de libertad conforme a la ley. Pero el resto del artículo 5.2 se refiere a cualquier tipo de detención.
- b) *Derecho a ser conducido ante una autoridad judicial.* Al igual que el último inciso del artículo 5.2 del CEDH está claro que esta obligación de las autoridades, y derecho del detenido, se limita a los supuestos de detención con fines de prevención de un proceso penal. Es patente que este tipo de detenciones son instrumentales de un procedimiento judicial posterior y por ello la policía no está actuando en ejecución de una potestad administrativa o gubernativa⁶¹. De hecho, la propia redacción de los artículos 9.3 del PIDCP y 5.3 del CEDH ya limita la aplicación del artículo al mencionado supuesto. El punto 3 del artículo 5 del CEDH establece que la persona privada de libertad en estos casos debe

58 Esta información debe contener los fundamentos jurídicos y de hecho de la detención, de cara a una posible impugnación de la medida ante un órgano judicial (Fox, Campbell y Hartley v. the United Kingdom. 182, 30 de agosto de 1990).

59 La explicación debe ser dada en un lenguaje corriente, y no técnico-jurídico. MACOVEI, Monica. *The right to liberty and security ... op. cit.*, 2002, p. 47-48

60 No «inmediatamente». En la jurisprudencia del TEDH el plazo depende mucho de las circunstancias del caso. El tribunal no ha puesto objeciones a periodos de pocas horas. MACOVEI *The right to liberty and security ... op. cit.*, p. 48.

61 VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. «Doce tesis en materia de detención ... op. cit., 2010, p. 211.

ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de «otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales». A este respecto, y aunque en algunos sistemas domésticos dicha disposición se entendió en el sentido de que el segundo supuesto podría referirse al ministerio fiscal, la práctica demuestra que el ministerio público no reúne el requisito de independencia necesario para llevar a cabo esta función de forma coherente con el Convenio⁶². En cualquier caso, la decisión del juez será determinante de la continuación de la medida o de la puesta en libertad, con carácter obligatorio. Como medida contra cualquier posible detención arbitraria, la presentación ante el órgano judicial debe hacerse «en un plazo razonable»⁶³. El TEDH ha estudiado esta cuestión de forma particularmente cuidadosa. El caso *Brogan*, seguramente sea un buen referente sobre el particular⁶⁴, dando pie al criterio de los cuatro días o 96 horas, que no es otro que el del derecho británico⁶⁵.

62 Así en *Huber v. Switzerland*, 188 (23 de octubre de 1990) y en *Brincat v. Italy*, 249-A (26 de noviembre de 1992).

63 FARTHING, Sophie y SANKEY, Isabella, (eds.). «Terrorism Pre-charge Detention Comparative Law Study», *The National Council for Civil Liberties*, 2010. En este estudio, aunque dedicado a estudiar los distintos sistemas en relación con la detención por delitos de terrorismo aparece una comparativa bastante completa de los plazos máximos en los que se debe presentar un detenido ante la autoridad judicial con carácter general, y en los supuestos de terrorismo con arreglo a las leyes internas de diversos estados. <http://www.liberty-human-rights.org.uk/policy/reports/comparative-law-study-2010-pre-charge-detention.pdf>.

64 *Brogan and Others v. the United Kingdom* (Application N°. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 de noviembre de 1998). Este plazo de 96 horas ha vuelto a aparecer en las directrices que se están aplicando en ISAF para el manejo de detenidos no pertenecientes a dicha misión. En su párrafos 58 y 59, la sentencia realiza un análisis del concepto de *promptness*, en comparación con la versión francesa del Convenio: «The assessment of "promptness" has to be made in the light of the object and purpose of Article 5 (art. 5) (...). The Court has regard to the importance of this Article (art. 5) in the Convention system: it enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interferences by the State with his right to liberty (...). 59. The obligation expressed in English by the word "promptly" and in French by the word "aussitôt" is clearly distinguishable from the less strict requirement in the second part of paragraph 3 (art. 5-3) ("reasonable time"/"délai raisonnable") and even from that in paragraph 4 of Article 5 (art. 5-4) ("speedily"/"à bref délai"). The term "promptly" also occurs in the English text of paragraph 2 (art. 5-2), where the French text uses the words "dans le plus court délai". As indicated in the *Ireland v. the United Kingdom* judgment (...), "promptly" (...) may be understood as having a broader significance than "aussitôt", which literally means immediately. Thus confronted with versions of a law-making treaty which are equally authentic but not exactly the same, the Court must interpret them in a way that reconciles them as far as possible and is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty (...). The use in the French text of the word "aussitôt", with its constraining connotation of immediacy, confirms that the degree of flexibility attaching to the notion of "promptness" is limited, even if the attendant circumstances can never be ignored for the purposes of the assessment under paragraph 3 (art. 5-3). Whereas promptness is to be assessed in each case according to its special features (...), the significance to be attached to those features can never be taken to the point of impairing the very essence of the right guaranteed by Article 5 para. 3 (art. 5-3), that is to the point of effectively negating the State's obligation to ensure a prompt release or a prompt appearance before a judicial authority».

65 TANCA, Antonio. «Human Rights, Terrorism and Police Custody: The *Brogan* Case». 7, *EJIL*, 1990, pp. 269-277. Curiosamente este plazo de 96 horas ha vuelto a aparecer, como veremos, en las directrices que se están aplicando en ISAF para el manejo de detenidos no pertenecientes a dicha misión. El límite de los 4 días es el que aparece en el artículo 44 de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984, como hemos visto.

Pero sigue sin haber un límite temporal preciso en derecho internacional. Otros casos posteriores han ido perfilando la cuestión con más detalle. Así, muy importante para el tema que tratamos, en el caso *Rigopoulos v. Spain*⁶⁶, el hecho de que la detención se practicara en alta mar, en el curso de una operación antidroga bajo la dirección de un juez de la Audiencia Nacional, fue motivo para que el tribunal apreciara que un periodo de dieciséis días antes de la puesta a disposición judicial no vulnera el Convenio⁶⁷. Posteriormente el tribunal volvió sobre el tema, confirmando la doctrina, en el caso *Medeyev v. France*⁶⁸.

- c) *Derecho a impugnar la medida privativa de libertad*. En este caso, los tres convenios (arts. 9.4 del PIDCP, 5.4 del CEDH y 7.6 de CADH) utilizan una

66 *Rigopoulos v. Spain* (dec.), N.º. 37388/97, (12 de enero de 1999).

67 *Rigopoulos*, conforme a la version, incompleta, difundida en HUDOC: «The Court notes on this point that the applicant's detention lasted for sixteen days because the vessel under his command was boarded on the high seas of the Atlantic Ocean at a considerable distance – more than 5,500 km – from Spanish territory and that no less than sixteen days were necessary to reach the port of Las Palmas. On that point the applicant himself acknowledged that, owing to the resistance put up by certain members of the crew, the Archangelos could not set sail again until forty-three hours after it had been boarded. That delay cannot therefore be attributed to the Spanish authorities. Ultimately, it was all those circumstances which prevented the applicant from being brought before the judicial authority sooner. Having regard to the foregoing, the Court considers that it was therefore materially impossible to bring the applicant physically before the investigating judge any sooner. The Court notes on this point that once he had arrived at Las Palmas, the applicant was transferred to Madrid by air and that he was brought before the judicial authority on the following day».

68 *Medveyev et Autres v. France* (Requête no 3394/03), 29 de marzo de 2010 párrafos 129 a 134: «129. Or la Cour rappelle que, dans l'arrêt Brogan, elle a jugé qu'une période de garde à vue de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire allait au-delà des strictes limites de temps fixées par l'article 5 § 3, même quand elle a pour but de prémunir la collectivité dans son ensemble contre le terrorisme (...). Elle a également jugé contraire à l'article 5 § 3 une période de sept jours avant d'être traduit devant un juge (...). 130. La Cour rappelle cependant qu'elle a déjà admis, dans sa décision *Rigopoulos* (...), qui concernait l'interception en haute mer par la police des douanes espagnoles, dans le cadre d'une enquête judiciaire portant sur un trafic international de stupéfiants, d'un navire battant pavillon panaméen, et la détention de son équipage le temps de son convoiement vers un port espagnol, qu'un délai de seize jours n'était pas incompatible avec la notion d'« aussitôt traduit » énoncée à l'article 5 § 3 de la Convention, compte tenu de l'existence de « circonstances tout à fait exceptionnelles » qui justifiaient un tel délai. (...). 131. En l'espèce, la Cour relève qu'au moment de son interception, le Winner se trouvait lui aussi en haute mer, au large des îles du Cap Vert et donc loin des côtes françaises, à une distance de celles-ci du même ordre que celle dont il était question dans l'affaire *Rigopoulos*. Par ailleurs, rien n'indique que son acheminement vers la France ait pris plus de temps que nécessaire, compte tenu notamment des conditions météorologiques et de l'état de délabrement avancé du Winner qui rendaient impossible une navigation plus rapide. En outre, les requérants ne prétendent pas qu'il était envisageable de les remettre aux autorités d'un pays plus proche que la France, où ils auraient pu être rapidement traduits devant une autorité judiciaire. Quant à l'hypothèse d'un transfert sur un navire de la Marine nationale pour un rapatriement plus rapide, il n'appartient pas à la Cour d'évaluer la faisabilité d'une telle opération dans les circonstances de la cause. 132. La Cour note enfin que les requérants ont été placés en garde à vue le 26 juin 2002 à 8 h 45 et que leur présentation effective à un juge d'instruction dans les locaux du commissariat de Brest s'est déroulée, au vu des procès-verbaux produits par le Gouvernement, de 17 h 05 à 17 h 45 pour le premier juge d'instruction, (...). En conséquence, la durée de la garde à vue des requérants avant leur traduction devant un juge n'a été que d'environ huit à neuf heures après leur arrivée en France. 133. Force est de constater que cette période de huit à neuf heures était compatible avec la notion d'« aussitôt traduit » énoncée à l'article 5 § 3 de la Convention et la jurisprudence de la Cour. 134. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3».

redacción en términos de derechos de la persona privada de libertad, y no lo limitan a los supuestos de detenciones relacionadas con un procedimiento penal. No obstante, incluso las situaciones de privación de libertad decididas en mayor o menor medida por órganos judiciales pueden ser revisadas mediante este procedimiento sumario, que no debe confundirse con las vías de recurso ordinarias. En definitiva lo que se prevé aquí es que en todo sistema debe haber algo parecido al *habeas corpus*, llámese así o de otra manera⁶⁹, de forma que la legalidad de la detención pueda ser sometida a escrutinio por un juez o un tribunal. En este sentido, el TEDH ha estimado necesaria la presencia física del detenido ante el juez⁷⁰, así como el acceso a asistencia letrada⁷¹. La decisión debe ser adoptada «en breve plazo», según la versión en español del Convenio. Los periodos superiores a un mes han sido estimados normalmente excesivos por el Tribunal⁷².

IX. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD VINCULADA AL CONFLICTO ARMADO. LOS PRISIONEROS DE GUERRA

Hasta ahora hemos profundizado un poco en la privación de libertad en el marco del DIDH. Ahora, por tanto, es de rigor referirse al marco del DIH. Y por razones prácticas empezaremos por la regulación relativa a los conflictos armados de naturaleza internacional. La figura del detenido clásica y consustancial al conflicto armado de naturaleza internacional –el prisionero de guerra– ha cedido paso a otras formas de detención asociadas al mismo⁷³. También es cada vez más patente que la propia figura del prisionero de guerra se ha vuelto más compleja⁷⁴. Hay quien sostiene que tal figura tiene cada vez menos

69 FARRELL, Brian. «Does the Universal Declaration of Human Rights Implicitly Guarantee a Right to Habeas Corpus?», *HRB*, vol. 16, Issue 1, 2008, pp. 2-5.

70 Kampanis v. Greece. (13 de julio de 1995).

71 Woukam Moudefo v. France, (11 de octubre de 1988), Megyeri v. Germany, (12 de mayo de 1992), Lamy v. Belgium, (30 de marzo de 1989).

72 MACOVEI, Monica. *The right to liberty and security of the person ...*, 2002, op. cit., p. 64. Así en Bezicheri v. Italy, 164 (25 de octubre de 1989), Sanchez-Reisse v. Switzerland, 107 (21 de octubre de 1986). Aunque la complejidad de los factores concurrentes –médicos, por ejemplo– han sido tomados en consideración por el tribunal siempre lo ha hecho sobre la base del caso por caso. Iłowiecki v. Poland, Nº 27504/95 (4 de octubre de 2001), Baranowski v. Poland, Nº 28358/95, (28 de marzo de 2000), Jablonski v. Poland, Nº 33492/96 (21 de diciembre de 2000) o Rehbock v. Slovenia, Nº 29462/95, (28 de noviembre de 2000).

73 FORD, Christopher M. «From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War», *Military Law Review*, Vol. 207, 2011, pp. 203-252. También en DEEKS, Ashley S. «Administrative Detention in Armed Conflict». *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, 2009, pp. 403-436.

74 Como ejemplo intermedio se puede citar el caso del capitán de corbeta (entonces teniente de navío) Alfredo Astiz, capturado por los británicos en 1982 como jefe de la guarnición argentina en las islas Georgias del Sur. Durante su periodo como prisionero de guerra, los Gobiernos de Francia y Suecia solicitaron su interrogatorio en relación con las desapariciones de dos monjas francesas, Léonie Duquet y Alice Domon, y de una

significado, en términos de protección, comparada con otras similares, como la de los combatientes ilegítimos⁷⁵.

Es el artículo 2 común a los convenios el que establece el umbral de aplicación de los mismos, al decir que cada convenio se aplicará «en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las altas partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de ellas». La lectura del artículo parece conducir a la conclusión de que existe un margen bastante amplio a favor de los Estados para decidir cuándo entra a jugar el Convenio, solo que compartido con la otra parte; si la guerra no se declara, y los contendientes se abstienen –todos– de reconocer que existe un conflicto entre ellos, parece que el convenio, teóricamente, no entraría en aplicación⁷⁶. Esto no está claro que sea así; en realidad *as soon as the armed forces of one State find themselves with wounded or surrendering members of the armed forces or civilians of another State on their hands, as soon as they detain prisoners or have actual control over a part of the territory of the enemy State, then they must comply with the relevant convention*⁷⁷. En todo caso parece claro que el DIH debe aplicarse en bloque y no solo en las partes que convengan a los implicados, so pena de caer en una «politización» de esta rama del Derecho⁷⁸.

El régimen legal aplicable viene recogido en diversos instrumentos, aunque en la práctica importan muy pocos. La normativa a considerar hoy es el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, aunque también aparecen disposiciones sobre prisioneros de guerra en el I y II convenios de Ginebra de

ciudadana sueco-argentina, Dagmar Hagelin, en fechas anteriores al conflicto. En Francia se llegó a abrir una causa –por la que posteriormente Astiz fue condenado en rebeldía– y a pedir su extradición al gobierno británico, que la denegó amparándose en el estatuto de prisionero de guerra de Astiz, quien fue repatriado a Argentina al finalizar las hostilidades de la guerra de las Malvinas. *Diario El País*, 11 de junio de 1982.

75 JINKS, Derek. «The Declining Significance of POW Status». *HILJ*, Vol. 45, N.º 2, Summer 2004, p. 368-442, p. 422.

76 JINKS, Derek. «The Declining Significance of POW Status ...», 2004, *op. cit.*, p. 399. En realidad este autor plantea la posibilidad contraria, es decir, que cualquiera de los implicados fuerce la entrada en vigor de la Convención con el fin de evitar molestos procedimientos internos.

77 VITÉ, Sylvain. «Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations», *IRRC* Vol. 91, N.º 873, 2009, pp. 69-94, p. 72 citando a H.P. Gasser, nota al pie. Pero no hay que olvidar el comentario al artículo 2 de la III Convención de Ginebra, que define el conflicto armado como *Any difference arising between two States, and leading to the intervention of members of the armed forces (...) even if one of the parties denies the existence of a state of war*. PICTET (ed.) *Commentary...*, *op. cit.* Pero añade un poco más abajo: *The Convention provides only for the case of one of the Parties denying the existence of a state of war. What would the position be, it may be wondered, if both the Parties to an armed conflict were to deny the existence of a state of war? Even in that event it would not appear that they could, by tacit agreement, prevent the Conventions from applying. It must not be forgotten that the Conventions have been drawn up first and foremost to protect individuals, and not to serve State interests.*

78 International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts. Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007. *IRRC*, Vol. 89 N.º 867, 2007, pp. 719-757, p. 720.

1949⁷⁹ y desde luego, al menos para España, entre otros muchos Estados, son de aplicación los artículos 43 a 47 y 67.2 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977. El concepto de prisionero de guerra debemos formarlo mediante la enumeración, derivada del estudio de los textos convencionales, de las personas con derecho a dicho estatuto, una vez caen en manos del enemigo, y la clasificación de aquellas personas que no entrarían en esta categoría. En todo caso no lo vamos a hacer aquí, ya que existen infinidad de trabajos sobre el particular. Simplificando mucho, se trataría de combatientes legítimos, independientemente de que sean militares o no.

Fuera de los casos enumerados en los tratados, el capturado carece del estatuto o la consideración de prisionero de guerra, lo que no necesariamente es negativo si puede beneficiarse de otra protección, aunque tanto la doctrina como la práctica internacionales están de acuerdo en que hay varias categorías de combatientes que no están protegidos ni por el III Convenio ni por los artículos citados del Protocolo I: los francotiradores, los combatientes ilegítimos, los mercenarios, los espías y los sabotadores, que se englobarían en el concepto genérico de «combatientes no protegidos».

En cualquier caso la persona que habiendo participado en las hostilidades, cae en poder del enemigo, debe, en caso de duda sobre su estatuto, ser tratado como prisionero de guerra provisionalmente, hasta que dicho estatuto se determine por un tribunal competente⁸⁰. La condición de prisionero de guerra es relevante

79 I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (artículo 14) y II Convenio para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (artículo 16).

80 Art. 5 GIII. Los «Comentarios» op. cit., señalan: *This would apply to deserters, and to persons who accompany the armed forces and have lost their identity card.// The provision is a new one; it was inserted in the Convention at the request of the International Committee of the Red Cross. The International Committee submitted the following text, which was approved at the Stockholm Conference: "Should any doubt arise whether any of these persons belongs to one of the categories named in the said Article, that person shall have the benefit of the present Convention until his or her status has been determined by some responsible authority".// At Geneva in 1949, it was first proposed that for the sake of precision the term "responsible authority" should be replaced by "military tribunal". This amendment was based on the view that decisions which might have the gravest consequences should not be left to a single person, who might often be of subordinate rank. The matter should be taken to a court, as persons taking part in the fight without the right to do so are liable to be prosecuted for murder or attempted murder, and might even be sentenced to capital punishment. This suggestion was not unanimously accepted, however, as it was felt that to bring a person before a military tribunal might have more serious consequences than a decision to deprive him of the benefits afforded by the Convention. A further amendment was therefore made to the Stockholm text stipulating that a decision regarding persons whose status was in doubt would be taken by a "competent tribunal", and not specifically a military tribunal.// Another change was made in the text of the paragraph, as drafted at Stockholm, in order to specify that it applies to cases of doubt as to whether persons having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy belong to any of the categories enumerated in Article 4. The clarification contained in Article 4 should, of course, reduce the number of doubtful cases in any future conflict. // It therefore seems to us that this provision should not be interpreted too restrictively; the reference in the Convention to "a belligerent act" relates to the principle which motivated the person who committed it, and not merely the manner in which the act was committed.*

a efectos de ciertas inmunidades, en particular en relación con legítimos actos de guerra que, en caso de no concurrir la condición de combatiente legítimo, y por lo tanto de prisionero de guerra, podrían ser considerados delitos. También podría tener trascendencia en cuanto a garantías del procedimiento. Por ello, muchos Estados tienen establecidos los correspondientes órganos, o al menos su composición, para la determinación de dicho estatuto⁸¹.

El aspecto fundamental de esta obligación es que, conforme al artículo 5 del la III Convención de Ginebra, la decisión debe ser adoptada por un órgano colegiado, pero no necesariamente judicial, definido por las legislaciones internas de los Estados. Cuestión distinta es que además vaya a ser juzgado por un órgano judicial con base en actos punibles relacionados con el conflicto. En tal caso, y de conformidad con el artículo 45 del Protocolo I, la situación debe judicializarse, entrando también en juego el artículo 75 del mismo Protocolo. En todo caso, se puede sostener, conforme al artículo 45 del Protocolo I, que en caso de que se vaya a seguir un procedimiento penal contra el implicado en cuestión, la determinación de su condición de prisionero de guerra debe hacerse ante un órgano judicial⁸².

En todo caso debe destacarse que la del prisionero de guerra es una privación de libertad de duración indefinida (hasta el fin de las hostilidades), con algunas medidas paliativas previstas en el III Convenio.

X. EL INTERNAMIENTO: DETENCIÓN DE CIVILES POR MOTIVOS DE SEGURIDAD

La segunda forma más habitual de detención en los conflictos armados y, de hecho, una de las figuras de detención administrativa que posiblemente mas tiene que ver con el tema expuesto, es el régimen del internamiento, regulado en la sección IV, título III del IV Convenio de Ginebra⁸³. Este recoge, en forma paralela a las previsiones del III Convenio, los pormenores de una peculiar privación de libertad de carácter administrativo, admitida por todos los

81 NAQVI, Yasmin. «Doubtful prisoner-of-war status». *IRRC*, Vol. 84, N.º 847, 2002, pp. 571-595.

82 «Comentarios» al Protocolo I, op. cit.: 1746. 'In conclusion, 'it is obvious that in the present paragraph the authors of the Protocol intended to reduce to a minimum those cases in which a captor could arbitrarily deny the status of prisoner of war to a person who had been apprehended. To this purpose they introduced a complete set of legal presumptions which automatically operate in favour of persons who have been captured. By means of this system they have therefore reversed the burden of proof by putting it on a "competent tribunal", in contrast with Article 5 of the Third Convention. It is up to this tribunal to furnish proof to the contrary every time that the presumption exists and it wishes to contest it. This will often be difficult, not least when it is a question of proving that the person who has been apprehended does not belong to the armed forces on which he is deemed to depend.

83 Arts. 79 a 135 G IV.

Estados parte⁸⁴, aunque no aparece recogida en el DIDH. El PIDCP no enumera los supuestos de privación de libertad, pero el CEDH sí, y no tiene previsto expresamente el internamiento. Por lo tanto se trata de una de las áreas de conflicto entre ambos cuerpos legales⁸⁵.

La regulación de este régimen cubre una laguna que se correspondía con una práctica habitual de los Estados antes de ser recogida en derecho internacional, generalizándose durante la Segunda Guerra Mundial⁸⁶. Casi ningún Estado puede lanzar la primera piedra, puesto que casi ninguno ha respetado siempre los mas elementales principios humanitarios en la materia, aunque a distinta escala⁸⁷. A diferencia de la literatura sobre los prisioneros de guerra, la relativa al internamiento no es tan copiosa, y parece como que ciertos sectores institucionales la consideran una cuestión incómoda⁸⁸.

Entrando en comparaciones, el fundamento de la detención de prisioneros de guerra está claro; se trata de una medida que simplemente pretende asegurar la puesta fuera de combate de los miembros de las fuerzas armadas enemigas (y asimilados), y su aplicación es casi automática, con los matices relativos a los casos dudosos. Por otro lado no puede compararse su régimen con el de cualquier otra situación conocida en tiempo de paz. Ni siquiera se contempla tal figura en el marco de los conflictos no internacionales.

Sin embargo, en el caso del internamiento, el motivo es hasta cierto punto distinto y lleva implícito un elemento de valoración difícilmente objetivable. Desde luego tratándose de una privación de libertad de carácter gubernativo o administrativo, sin límites temporales precisos, sería inaceptable en tiempo de paz, al menos en el ámbito del CEDH, salvo a través de una derogación de los convenios en materia de derechos humanos⁸⁹. Incluso durante situaciones parecidas al régimen de ocupación resulta una medida polémica como ha puesto de manifiesto el caso Al-Jedda⁹⁰.

84 Debe recordarse que los convenios de Ginebra han sido ratificados por prácticamente todos los Estados del mundo.

85 ROBERTS, Adam. «Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights», *The American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, pp. 580-622, p. 593.

86 RODRÍGUEZ VILLASANTE. «La protección ... op. cit.», y BORY, F. Génesis y desarrollo ... op. cit., p. 17.

87 Por ejemplo el internamiento de norteamericanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial, bajo la autoridad de la Orden Ejecutiva 9066.

88 STIBBE, Matthew. «The Internment of Civilians by Belligerent States during the First World War and the Response of the International Committee of the Red Cross». *Journal of Contemporary History*, Vol. 41 (1), 2006, pp. 5-19.

89 Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict. Meeting Summary. London: Chatham House & ICRC, 22-23 September 2008, p. 4 y 6. <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/il220908summary.pdf>.

90 Recordemos que la línea de defensa británica era el principio de atribución, y que lo que hace el TEDH es decir que, si bien existe un mandato, e incluso un régimen de ocupación, nada obligaba al Reino Unido a acudir al internamiento, con sus implícitas limitaciones procedimentales y de garantía. Al-Jedda, párrafo 108.

Según el artículo 79 del Convenio IV, el internamiento –y la residencia forzosa– puede decretarse tanto respecto de los extranjeros residentes en territorio de la potencia adversaria⁹¹, como respecto a personas protegidas en los territorios ocupados⁹², pero siempre que se trate de una medida «absolutamente indispensable»⁹³ o adoptada por «razones imperiosas de seguridad»⁹⁴. Del mismo modo que el régimen de los prisioneros de guerra, y evidentemente, por tratarse de una privación o limitación de libertad, el internamiento se regula con bastante minuciosidad.

En cuanto al límite temporal de la medida –liberación, repatriación y hospitalización en países neutrales– se establece la obligación de poner en libertad a los internados tan pronto desaparezcan las razones que motivaron su internamiento, que cesará lo mas rápidamente posible al término de las hostilidades⁹⁵. Tras la terminación del conflicto armado, la IV Convención de Ginebra no puede ser considerada un marco jurídico válido para la detención de personas que no estén sujetas a un procedimiento penal⁹⁶. En general, el límite temporal de aplicación del IV Convenio aparece regulado en su artículo 6 y en el artículo 3.b) del I Protocolo. Toda esta regulación está muy trastocada en sentido garantista por el Protocolo I, en particular por su artículo 75.

XI. LAS CATEGORÍAS RESIDUALES DE DETENIDOS EN EL MARCO DEL DIH RELATIVO A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

Las figuras del prisionero de guerra y del internado parecen claramente delimitadas, y su régimen jurídico o estatuto, por lo menos en lo que se refiere a los prisioneros de guerra, es lo bastante detallado como para satisfacer el más severo escrutinio, sobre la base de la excepcionalidad de la situación regulada. Además existe el más amplio consenso sobre el particular, como lo demuestra el número de Estados partes en las convenciones. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la existencia de una categoría, la de los combatientes ilegítimos⁹⁷, que

91 Arts. 41 a 43, en relación con el artículo 4 G IV.

92 Arts. 68 y 78, en relación con el artículo 4 G IV.

93 Art. 42 G IV.

94 Art. 78 G IV.

95 Arts. 132 a 135 G IV.

96 «International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts». Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007. *IRRC*, Vol. 89, N.º 867, pp. 719-757, p. 728.

97 De todas formas, y como destaca POZO SERRANO, Mª Pilar. «El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado en Afganistán», *Anuario de Derecho Internacional XVIII*, 2002, pp. 171-204, p. 180, «las nociones de "combatiente legítimo" e "ilegítimo", aunque usadas por la doctrina no aparecen como tales en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario».

no parece entrar en ninguna de aquellas figuras. Estos son, al ser capturados, los que más se hacen acreedores a la denominación genérica de detenido⁹⁸. Son los que hemos mencionado antes (francotiradores, mercenarios, espías, etc.). Lo que tienen en común las distintas figuras que entran en el concepto, es que no son acreedores al estatuto de prisionero de guerra. Son, por tanto, «necesariamente» civiles conforme al IV Convenio y al I Protocolo⁹⁹.

En cualquier caso, los combatientes ilegítimos o no privilegiados, aun no siendo acreedores al estatuto de prisioneros de guerra, están protegidos por la IV Convención de Ginebra, y en cualquier ocasión o circunstancia por un mínimo de garantías¹⁰⁰. Estas incluyen, como sabemos, un procedimiento judicial con garantías –en el caso de que se promueva tal procedimiento– respeto a la persona, honor, convicciones y prácticas religiosas, prohibición de atentados contra su vida, salud e integridad física o mental, y en particular, el homicidio, la tortura, los castigos corporales y las mutilaciones, y la prohibición de atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la prostitución forzada, los castigos colectivos y las amenazas de realizar los actos anteriores, a tenor de lo que dispone el artículo 75 del Protocolo I. Y por supuesto, como mínimo del mínimo, están bajo la protección del artículo 3 común a los convenios. Como ya hemos dicho, lo que no tienen explícitamente reconocido en los convenios ni en el Protocolo I, es un, llamémoslo, derecho a ser juzgados, en paralelo a la previsión del DIDH¹⁰¹. Esto, claro, plantea problemas serios si nos desenvolvemos en una «guerra contra el terror».

XII. LOS DETENIDOS EN SITUACIONES DE VIOLENCIA DISTINTAS AL CONFLICTO ARMADO DE NATURALEZA INTERNACIONAL

Por lo expuesto, se puede sostener que el marco jurídico relativo a las personas privadas de libertad en los supuestos en que sea de aplicación el DIH en situaciones de conflicto armado de naturaleza internacional, es relativamente

98 ELSEA, J. «U.S. Treatment of Prisoners in Iraq: Selected Legal Issues». *CRS Report for Congress*, 2005. <http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs/permalink/meta-crs-6484:1>. Este es uno de los informes hechos al Congreso de los EE. UU., ante las denuncias de malos tratos dados a los presos de la cárcel de Abu Ghraib, que fueron investigados por el Ministerio de Defensa de dicho estado, en concreto llevado a cabo por el general Antonio Taguba en 2004. Se destaca, p. 5, que los combatientes ilegítimos entran en la categoría de «otros detenidos», pero se recuerda toda la panoplia de normas protectoras aquí examinadas.

99 Entre otros, VÄRK, René. «The Status and Protection of Unlawful Combatants», *Juridica International* X, 2005, pp. 191-198, p. 192. <http://www.juridicainternacional.eu/the-status-and-protection-of-unlawful-combatants>.

100 VÄRK, René. «The Status and Protection... op. cit., 2005, pp. 191-198.

101 Arts. 14 del PIDCP, 6 del CEDH, etc.

extenso y detallado. Otra cosa es que los Estados hayan complementado tal marco jurídico mediante legislación interna adecuada¹⁰².

La situación cambia en situaciones distintas al conflicto armado de naturaleza internacional. De hecho, esta es la situación a la que se han enfrentado normalmente los contingentes militares españoles participantes en operaciones en el exterior. Por no desviarnos del objeto de análisis, vamos a excluir del mismo al conflicto interno, desgraciadamente imaginable, pero cuyo régimen jurídico estaría claro en teoría: legislación nacional, incluyendo, claro está, el Protocolo II Adicional, en el que España es parte.

Aunque caben muchos matices –no es lo mismo una operación de cascos azules que una de la OTAN o de la UE– lo cierto es que la mayor parte de tales operaciones internacionales no pueden calificarse como conflictos armados, y desde luego, rara vez como conflictos armados de naturaleza internacional, aunque los ha habido y ya los hemos citado. En estas circunstancias, el único marco claramente aplicable sería el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, y, en su caso, el Protocolo II Adicional de 28 artículos que, como sabemos, dice bien poco sobre casi todo. Y, en los supuestos de situaciones no calificables como conflicto armado, no existe ningún marco jurídico específico, relativo a la detención de personas, en el ámbito del derecho internacional. Al final, todos reconocen que en tales situaciones, el fundamento de las detenciones –como el de cualquier otro uso de la fuerza– estaría en el mandato (normalmente una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU), y su fórmula relativa a «todas las medidas necesarias». En definitiva algo bastante pobre, aunque tal vez suficiente si se complementa en aspectos procedimentales.

XIII. UN ENFOQUE DOCTRINAL AUTORIZADO EN RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS: EL CRITERIO DE JELENA PEJIC

Jelena Pejic, asesora jurídica del CICR, admite que aunque la detención administrativa de personas es práctica frecuente tanto en conflictos internacionales como en los no internacionales, o en «otras situaciones de violencia», la protección de los derechos de las personas no está suficientemente elaborada¹⁰³. Esto se refiere sobre todo a las garantías procedimentales, más que a las condiciones mismas de la detención. En cualquier caso el trabajo aquí analizado es uno de los más citados en relación con el tema que nos ocupa

102 Por ejemplo, y sembrando inquietudes: ¿Tiene previsto el Reino de España en qué lugar, con qué características técnicas y con cargo a qué presupuestos habría de construirse un hipotético campo de internamiento para civiles?

103 PEJIC, Jelena. «Procedural Principles and Safeguards for Internment / Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence». *IRRC*, Vol. 87, N.º 858, 2005, pp. 375-391.

ahora¹⁰⁴. Dado que es difícil, a veces, definir cual es la naturaleza del conflicto, o incluso determinar si lo hay, y consecuentemente, el rol que juegan las fuerzas multinacionales implicadas, tales opiniones deben ser tenidas en cuenta¹⁰⁵. Los fundamentos legales en que basa estos estándares son la IV Convención de Ginebra, el artículo 75 del Protocolo I a los convenios, el artículo 3 común a los mismos, el Protocolo II y el DIH consuetudinario así como el DIDH. Pejic distingue entre los principios generales de la detención y las garantías procedimentales.

1. Principios generales de la detención

- a) *El internamiento o detención administrativa es una medida excepcional. Sólo razones imperiosas de seguridad lo justifican. No cabe estimar justificada una detención con el único fin de obtener información. Es el único punto en el que existe una implícita referencia a la posibilidad, y en cierto modo a la legalidad de tal medida, pero sólo muy de pasada. El marco jurídico del conflicto armado no internacional no aporta ningún fundamento legal para la detención administrativa, como sabemos¹⁰⁶.*
- b) *La detención administrativa no es una alternativa al procedimiento criminal, y por lo tanto no puede ser utilizada como castigo. Este deslizamiento hacia lo punitivo es una práctica detectada en algunos ámbitos, como por ejemplo los territorios ocupados por Israel. Está claro que el procedimiento criminal es en Israel tan garantista como en cualquier Estado occidental. De ahí la tentación que implican los procedimientos simplificados¹⁰⁷. Normalmente unas fuerzas multinacionales en operación de paz no van a ejercer ningún supuesto ius puniendi extraterritorial. Otra cosa son las administraciones interinas.*

104 Aunque el encabezamiento del artículo hace la usual reserva de que *the views expressed in this article reflect the author's opinions and not necessarily those of the ICRC*, es evidente que se trata de una opinión con un peso especial.

105 Es lo que las conclusiones del «Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict», Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008, *IRRC*, Volume 91, Number 876, pp. 859-881, denomina «multinacional forces-NIAC (MNF-NIAC) p. 861-862: *While many different scenarios were discussed during the meeting, the focus remained on two types of NIAC in particular: that of a so-called «traditional NIAC opposing a State and a non-State armed group in the territory of a State, and that of a so-called «multinational-forces-NIAC» (MNF-NIAC), where a State that is confronting a non-State actor in its territory receives the assistance of a third State or of a multi-national force whose involvement is such that it becomes a party to the armed conflict (for example the ongoing conflicts in Afghanistan, Iraq or the Democratic Republic of the Congo). The term can be confusing and does not indicate a separate category of NIAC that would be covered by a different set of rules, but serves – if only in an imperfect way – to indicate situations where a traditional NIAC forms the basis of a conflict that takes on an «international dimension» through the intervention of third States. It was acknowledged that the issue of classification is not without controversy, that it merits further reflection and impacts directly on the discussions about internment in NIAC, but it was agreed by participants to focus on the two above-mentioned scenarios.*

106 Así aparece también en las conclusiones del «Expert meeting on procedural safeguards... op. cit., p. 866.

107 DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen (prep.). «Experts Meeting on Security Detention... op. cit., 2009, p. 359.

- c) La detención sólo puede ser ordenada sobre la base de la consideración individualizada de cada persona. No caben discriminaciones de ninguna clase. Por supuesto que esto incluye una prohibición de los castigos colectivos.
- d) La detención debe cesar tan pronto como desaparezcan las razones que la motivaron.
- e) La detención debe ajustarse al principio de legalidad. Es decir, que sólo podrá acordarse por motivos, y de acuerdo con procedimientos establecidos por la ley, ya sea esta ley nacional –para los directamente implicados– o internacional. En el caso de que no exista una habilitación legal específica, como mínimo será necesario, en nuestra opinión, un mandato de una organización internacional competente, lo que en la práctica se reduce a la ONU y a las resoluciones de su Consejo de Seguridad. En definitiva, se trata de evitar las detenciones arbitrarias.

2. Garantías de procedimiento

- a) *Derecho a ser informado de las razones de la detención.* El problema radica en el conflicto de intereses entre el derecho del detenido y la necesidad de mantener ciertas informaciones clasificadas. En cualquier caso, debe facilitarse toda la información que sea posible, y debe hacerse tan pronto como sea posible¹⁰⁸. En cuanto a quién, parece claro que es el propio detenido, pero nada impide en determinadas circunstancias que sea a su representante legal¹⁰⁹.
- b) *Derecho a que la detención y el lugar de la misma sean debidamente registrados, y que el lugar sea una instalación dedicada a tales propósitos con carácter oficial.* Esto incluye la posibilidad de visitas, en particular del CICR. Esta garantía está íntimamente vinculada con la prohibición de las desapariciones forzadas, como medio fundamental para seguir el rastro de una persona¹¹⁰.
- c) *Derecho a la protección diplomática o consular de los extranjeros.*
- d) *Derecho a impugnar en el más breve plazo posible la legalidad de la detención.* En el caso de los conflictos no internacionales o en otras situaciones de violencia, a diferencia de las previsiones del IV Convenio, parece que la revisión debe realizarse ante un órgano judicial. El mecanismo parece ser el *habeas corpus*, o algo parecido. Esto plantea las dudas en lo que se refiere a las detenciones realizadas por fuerzas multinacionales en

108 Un problema detectado es el de la «sobrecalificación», o dicho de otra manera, el poner el sello de reservado, confidencial o secreto a documentos que no lo justifican en absoluto. «Expert meeting on procedural safeguards ... op. cit., p. 873.

109 «Expert meeting on procedural safeguards ... op. cit., p. 873

110 FROUVILLE, Olivier de. «La convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire. Première partie: les dispositions substantielles». *Droits Fondamentaux*, n° 6, 2006, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article119>

conflictos no internacionales u otras situaciones que no alcanzan el umbral del conflicto armado¹¹¹. Es evidente que el mecanismo del *habeas corpus* no es fácilmente encajable en el conjunto de la operación.

- e) *La revisión de la legalidad de la detención debe llevarse a cabo por un órgano independiente e imparcial.* En el caso de los conflictos no internacionales y otras situaciones de violencia debe ser de naturaleza judicial.
- f) *El detenido debe tener acceso a asistencia letrada.* Hay que recordar que ni siquiera los convenios en materia de derechos humanos hacen referencia expresa a tal asistencia como un derecho en los supuestos de detención administrativa, limitándolo a los supuestos en que existan cargos criminales. Sin embargo, parece razonable dar las mayores facilidades en este sentido¹¹².
- g) *La detención administrativa debe ser revisada periódicamente.* Esto debe realizarse conforme a la legislación interna, en los casos de conflicto no internacional u otras situaciones de violencia.
- h) *El detenido o su representante legal deben poder asistir al procedimiento en persona.* Los problemas de índole práctica deben ser minimizados en la medida de lo posible, utilizando medios alternativos, como la videoconferencia.
- i) *Debe permitirse al detenido comunicarse, a través del correo y mediante visitas, con los miembros de su familia.*
- j) *El detenido tiene derecho a una atención médica adecuada a su estado.*
- k) *El CICR y otras organizaciones de control deben tener acceso a los sujetos a detención administrativa.* Esta es una de las garantías más importantes y eficaces en la lucha contra posibles violaciones de los derechos humanos en situaciones que no alcancen el umbral del conflicto armado internacional, incluyendo situaciones de violencia que tampoco alcanzan el del conflicto no internacional. La labor del CICR es bien conocida¹¹³, pero no es el único organismo que realiza tal tipo de visitas¹¹⁴.

111 «Expert meeting on procedural safeguards ... *op. cit.*, p. 880-881.

112 A la misma conclusión llegan los expertos. «Expert meeting on procedural safeguards ... *op. cit.*, p. 876.

113 Normalmente la actuación del CICR es discreta en sus relaciones con Estados y otros actores no estatales. Su sentido de la confidencialidad permite una libertad de acción que queda compensada en la actuación de otras ONG más volcadas en la denuncia como Amnistía Internacional o Human Rights Watch. No obstante la práctica del CICR no excluye la denuncia pública, solo pone el listón más alto. Para proceder a tales denuncias el CICR pone los siguientes requisitos: *The ICRC reserves the right to issue a public condemnation of specific violations of international humanitarian law providing the following conditions are met: (1) the violations are major and repeated or likely to be repeated; (2) delegates have witnessed the violations with their own eyes, or the existence and extent of those violations have been established on the basis of reliable and verifiable sources; (3) bilateral confidential representations and, when attempted, humanitarian mobilization efforts have failed to put an end to the violations; (4) such publicity is in the interest of the persons or populations affected or threatened.* «Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence». *IRRC*, Vol. 87, N.º 858, 2005, pp. 393-400, p. 397.

114 DELAPLACE, Edouard and POLLARD, Matt. «Visits by human rights mechanisms as a means of greater protection for persons deprived of their liberty». *IRRC*, Vol. 87, N.º 857, 2005, pp. 69-82.

XIV. EL PROCESO DE COPENHAGUE

La más reciente y aparentemente más ambiciosa iniciativa en materia de detención operativa está representada por el llamado Proceso de Copenhague¹¹⁵. A primera vista es un paso adelante en el camino de la regulación de las privaciones de libertad en operaciones militares distintas del conflicto armado internacional, el cual está expresamente excluido del ámbito de interés del mencionado proceso¹¹⁶. Sin embargo hay que subrayar que el documento final del mismo, al que nos referiremos a continuación, se ocupa en exclusiva de operaciones militares, excluyendo otro tipo de detenciones como pudieran ser las de tipo policial –aún en un contexto internacional– tales como las producidas en la lucha contra la piratería¹¹⁷, y que nosotros también hemos excluido a priori de nuestro análisis. El proceso se inició en 2007 a iniciativa del Gobierno de Dinamarca, el cual convocó a Estados y organizaciones internacionales a participar en un foro al margen de las organizaciones universales o regionales que podrían haberlo acogido, pero sin excluirlas. Las razones generalmente aducidas por Dinamarca consisten en que uno de los objetivos del proceso, articulado en varias conferencias entre 2007 y 2012, era realizar una puesta en común de buenas prácticas y experiencias de los distintos Estados participantes, lo que, tratándose de cuestiones muy sensibles –algunas incluso sujetas a procedimientos judiciales¹¹⁸– aconsejaba no solo el marco intergubernamental, sino reuniones a puerta cerrada. Esto levantó en su momento no pocas críticas, y acusaciones de «secretismo»¹¹⁹.

115 El documento final va encabezado por el título «THE COPENHAGEN PROCESS ON THE HANDLING OF DETAINEES IN INTERNATIONAL MILITARY OPERATIONS. THE COPENHAGEN PROCESS: PRINCIPLES AND GUIDELINES» y se puede encontrar en <http://um.dk/en/~media/UM/English-site/Documents/Politics-and-diplomacy/Copenhagen%20Process%20Principles%20and%20Guidelines.pdf>.

116 Conforme a los comentarios que acompañan al documento, 1.2. *The Copenhagen Process Principles and Guidelines apply to international military operations in the context of non-international armed conflict, and peace operations. For example, several States may be assisting a host State against non-State armed groups. In some cases, these operations may have the character of «armed conflict.» In peace operations, military operations may be conducted to restore or maintain order pursuant to a mandate by the UN Security Council (UNSC) or on the basis of international law by other competent international organisations.* Por otro lado esto no es de extrañar. Desde el principio hemos destacado que el conflicto armado internacional es el único que dispone, en materia de detenciones, de una detallada legislación internacional a través de los convenios de Ginebra III y IV y el Protocolo I a los mismos, lo que no quiere decir que no existan zonas grises.

117 OSWALD, Bruce & WINKLER, Thomas. «Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations». *ASIL Insights*, Vol. 16, Issue 39, 2012. Así se decidió en la 3ª reunión del proceso celebrada en 2012.

118 En 2012, al menos en Dinamarca, Canadá, el Reino Unido y los EE. UU., había causas pendientes en relación con detenciones llevadas a cabo en Afganistán, sobre cuestiones tales como el trato dado a los detenidos y su transferencia. OSWALD, Bruce & WINKLER, Thomas. «Copenhagen Process ...», *op. cit.*, 2012.

119 Por ejemplo Amnesty International, que en un comunicado difundido el 22 de octubre de 2012, señalaba: 22 October 2012//Copenhagen 'Principles' on military detainees undermine human rights//You may be forgiven for

El proceso se materializó en tres conferencias en 2007, 2009 y 2012, así como en una reunión de expertos en 2008¹²⁰. Poco se puede decir sobre el proceso propiamente dicho, aparte de referirse al producto final: los llamados «principios y directrices» plasmados en un documento difundido por el propio Gobierno de Dinamarca, y que han sido «bienvenidos» por los participantes, documento en el que, aparte de los principios y directrices propiamente dichos, se incluyen comentarios a los mismos, si bien estos últimos han sido redactados por la presidencia, limitándose los participantes a «tomar nota» de ellos¹²¹.

Este producto final no podía ser, por razones obvias, nada revolucionario, incluso teniendo en cuenta que no es, en modo alguno, un texto normativo¹²². Pero lo que sí hacen los participantes es reconocer que la detención es un medio necesario, legal y legítimo para alcanzar los objetivos de las operaciones militares internacionales¹²³. Hay quien ha acusado al proceso de ser una

not having heard of the Copenhagen 'Principles'.//They have after all been reached in quasi-secrecy during a five-year process behind closed doors.//Yet they refer to something of international importance – the handling of detainees in international military operations.//On 20 October 2012, the Denmark's Foreign Ministry of Denmark announced that a group of two dozen states meeting in private in Copenhagen had adopted the «principles and guidelines».//They come after Denmark deliberately convened discussions outside of any established international organisation in order to retain the ability to exclude certain states and civil society including organisations such as Amnesty International.//The content of discussions was only revealed when Amnesty International and a handful of other civil society organisations were invited to a brief meeting with Danish authorities on the morning of 16 October, less than 48 hours before the final (and once again confidential) meeting of states was to begin. <http://www.amnesty.org/en/news/copenhagen-principles-military-detainees-undermine-human-rights-2012-10-22>.

Esta acusación ya había sido refutada en 2009 por el asesor jurídico del Ministerio de Exteriores de Dinamarca, Thomas Winkler en una conferencia ante el Instituto de San Remo, en la que fue preguntado sobre el particular: *Q. Why is this process 'closed' to civil society and human rights groups? A. It is a 'closed' process, but it is not secret. It is closed because this encourages the openness of the States and organizations involved, enabling them to share their experiences and discuss the best and (and worst) practices. The Handling of Detainees in Military Operations: An Update on the Copenhagen Process. Speaker: Thomas Winkler. Chair: Sarah Williams. http://www.biicl.org/files/4547_copenhagen_process.pdf.*

120 *In May 2008, a seminar was held on 'best practices' for detention in international operations. To agree on best practices, there was a frank discussion of different States' experiences with detainees--what they did, what did not work, what is problematic, and even what is said to detainees. This exchange of views, information and experiences allowed those concerned to move forward in the process and to go some way to achieving operational clarity for future handling of detainees. Mr. Winkler emphasized that the Process is not a 'new Geneva Convention'—it is not writing new law, but is trying to identify a joined approach to the law already in place. The Handling of Detainees in Military Operations: An Update on the Copenhagen Process, citado.*

121 *Conforme al preámbulo del documento, XII. Participants at the concluding Copenhagen Process Conference held in Copenhagen on 18 – 19 October 2012 welcomed the Copenhagen Process Principles and Guidelines below; XIII. Participants took note of the annexed commentary on these Principles and Guidelines which is the sole responsibility of the Chairman of the Process.*

122 Tampoco lo ha pretendido nunca, al menos de forma explícita. De hecho, según algunos analistas, algunos de los principios parecen triviales, y otros incompletos o vagos. HARTMANN, Jacques. «The Copenhagen Process: principles and Guidelines», 2012, ejiltalk.org/the-copenhaguen-process-principles-and-guidelines/.

123 *«III. Participants recognised that detention is a necessary, lawful and legitimate means of achieving the objectives of international military operations».*

ocasión desperdiciada para enfrentar un tema muy importante, y que se ha conformado con delimitar un «mínimo común denominador»¹²⁴.

Sin embargo, de la lectura de los 16 principios y directrices¹²⁵, se extrae la conclusión de que el problema al que hace referencia nuestro análisis no

124 Amnesty International, comunicado de 23 octubre de 2012, AI index: IOR 50/003/2012 «Outcome of Copenhagen Process on detainees in international military operations undermines respect for human rights». *Amnesty International considers that states have clear options that would permit them to participate in joint military operations where such differences arise. States wishing to cooperate in those aspects of operations that may give rise to shared responsibility for detainees could choose to harmonize their operating rules upwards, to ensure their joint actions comply with the most protective set of international human rights and humanitarian law obligations to which any one state among them is subject. Or states that cannot win agreement to such harmonization could choose to retain full responsibility for those they deprive of liberty, rather than risk violating their own obligations by transferring them to states that provide lesser protection against abuse (or indeed to states that could be positively expected to violate the detainee's rights).// The Copenhagen Process Principles and Guidelines» announced on 20 October do not however reflect either of these legitimate options. Instead, the Copenhagen Principles can be read as allowing for a lowering of standards to a kind of muddled compromise, in several respects falling well below even the «lowest common denominator» among participating states. One important value that has been traded away in this process is full recognition and respect for states' specific human rights obligations.*

125 THE COPENHAGEN PROCESS: PRINCIPLES AND GUIDELINES. 1. The Copenhagen Process Principles and Guidelines apply to the detention of persons who are being deprived of their liberty for reasons related to an international military operation. 2. All persons detained or whose liberty is being restricted will in all circumstances be treated humanely and with respect for their dignity without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, political or other opinion, national or social origin, sex, birth, wealth or other similar status. Torture, and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment is prohibited. 3. Persons not detained will be released. 4. Detention of persons must be conducted in accordance with applicable international law. When circumstances justifying detention have ceased to exist a detainee will be released. 5. Detaining authorities should develop and implement standard operating procedures and other relevant guidance regarding the handling of detainees. 6. Physical force is not to be used against a detained person except in circumstances where such force is necessary and proportionate. 7. Persons detained are to be promptly informed of the reasons for their detention in a language that they understand. 8. Persons detained are to be promptly registered by the detaining authority. 9. Detaining authorities are responsible for providing detainees with adequate conditions of detention including food and drinking water, accommodation, access to open air, safeguards to protect health and hygiene, and protection against the rigours of the climate and the dangers of military activities. Wounded and sick detainees are to receive the medical care and attention required by their condition. 10. Persons detained are to be permitted to have appropriate contact with the outside world including family members as soon as reasonably practicable. Such contact is subject to reasonable conditions relating to maintaining security and good order in the detention facility and other security considerations.// Persons detained are to be held in a designated place of detention. 11. In non-international armed conflict and where warranted in other situations, the detaining authority is to notify the ICRC or other impartial humanitarian organisation of the deprivation of liberty, release or transfer of a detainee. Where practicable, the detainee's family is to be notified of the deprivation of liberty, release or transfer of a detainee.// Detaining authorities are to provide the ICRC or other relevant impartial international or national organisations with access to detainees. 12. A detainee whose liberty has been deprived for security reasons is to, in addition to a prompt initial review, have the decision to detain reconsidered periodically by an impartial and objective authority that is authorised to determine the lawfulness and appropriateness of continued detention. 13. A detainee whose liberty has been deprived on suspicion of having committed a criminal offence is to, as soon as circumstances permit, be transferred to or have proceedings initiated against him or her by an appropriate authority. Where such transfer or initiation is not possible in a reasonable period of time, the decision to detain is to be reconsidered in accordance with applicable law. 14. Detainees or their representatives are to be permitted to submit, without reprisal,

solo ha sido detectado sino que se ha convertido en una cuestión de interés para los Estados. Las características de los participantes –Estados que engloban ampliamente dos tercios de la Humanidad, así como organizaciones internacionales universales, como la ONU¹²⁶– hacen que la importancia del resultado final del proceso radique no tanto en el texto no normativo resultante, como en el mero hecho de que el proceso haya tenido lugar y haya implicado a tantos y tan importantes interlocutores. Ahora bien, cabe hacer dos lecturas del proceso. La primera, la positiva, consistiría en entender el resultado de la iniciativa danesa como el principio de algo, una base sobre la que empezar a negociar un convenio universal. Sin embargo, muchos indicios apuntan hacia una visión negativa, como la sostenida por Amnistía Internacional, en el sentido de que el documento ha sistematizado lo único que tienen en común los diferentes Estados en materia de detención operativa. Se han obviado buena parte de los aspectos polémicos. En nuestra opinión, y la de muchos otros estudiosos del tema, una regulación seria de la detención debe plasmarse en un documento normativo como consecuencia de una conferencia internacional abierta a todos los Estados, con participación de ONG y auspiciada a ser posible por la ONU.

Esto no quiere decir que el documento no pueda tener más alcance, no ya solo el de cristallizador de derecho consuetudinario; como señala Amnistía Internacional, existen otras formas de dar relevancia jurídica a documentos de *soft law*¹²⁷. Es aún pronto para valorar sus efectos, pero hay que destacar

oral or written complaints regarding their treatment or conditions of detention. All complaints are to be reviewed and, if based on credible information, be investigated by the detaining authority. 15. A State or international organisation will only transfer a detainee to another State or authority in compliance with the transferring State's or international organisation's international law obligations. Where the transferring State or international organisation determines it appropriate to request access to transferred detainees or to the detention facilities of the receiving State, the receiving State or authority should facilitate such access for monitoring of the detainee until such time as the detainee has been released, transferred to another detaining authority, or convicted of a crime in accordance with the applicable national law. 16. Nothing in The Copenhagen Process Principles and Guidelines affects the applicability of international law to international military operations conducted by the States or international organisations; or the obligations of their personnel to respect such law; or the applicability of international or national law to non-State actors.

126 La lista de los Estados participantes es la siguiente: Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, China, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, India, Malasia, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Pakistán, Rusia, África del Sur, Suecia, Tanzania, Holanda, Turquía, Uganda, Reino Unido y EE. UU. Como observadores, participaron la Unión Africana, la Unión Europea, la OTAN, la ONU y el ICRC.

127 Amnesty International, comunicado de 23 octubre de 2012, AI index: IOR 50/003/2012 *Outcome of Copenhagen Process on detainees in international military operations undermines respect for human rights. While Denmark maintains that the Copenhagen Principles are not intended to be legally binding and are without prejudice to states existing legal obligations, Amnesty International is concerned that states will nevertheless seek to rely on this document to justify abusive treatment or transfers of detainees to risks of such abuse. Some states already seek to rely on «diplomatic assurances –non-legally-binding promises to treat a given individual appropriately -- to justify such transfers, including in some cases to states that are acknowledged to engage in widespread and systematic torture of detainees. Amnesty International is*

que por primera vez se puede hablar de un mínimo compartido por muy significativos Estados, y un mínimo que, sin ser el ideal –según puntos de vista– sí que hace referencia a cuestiones esenciales como la necesidad de establecer procedimientos (documentos operativos o SOP¹²⁸) adaptados a las circunstancias, obligación de registrar las detenciones, de informar sobre las razones de la detención, condiciones de la misma, acceso a los detenidos, transferencia de éstos y participación del CICR y otras organizaciones. Conviene señalar que autores que se han destacado en el estudio de la detención en las modernas operaciones militares, tales como Oswald o Bellinger, han acogido con muestras de aprobación tanto el proceso en sí, en el que han participado, como el resultado¹²⁹.

De todas formas es necesario hacer referencia a las omisiones que se detectan en el documento. Nosotros destacaríamos dos: la referencia a la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos, y la referencia a lo que hemos llamado «derecho a juicio» en un plazo razonable. En cuanto a la primera omisión, la razón parece patente: algunos Estados no reconocen la aplicación extraterritorial del DIDH¹³⁰. Y en cuanto a la segunda, ya hemos destacado que se trata de una de las diferencias esenciales entre el DIH y el DIDH que puede acarrear como resultado que, bajo el primero de los marcos jurídicos mencionados, se produzcan detenciones indefinidas, aparte del supuesto de

also concerned that Denmark has in the past suggested that the Principles could be appended to future resolutions of the UN Security Council under Chapter VII of the UN Charter, which could indirectly give them binding legal effect. States have already tried to argue in the past that their obligations under human rights treaties can be overridden or displaced by Chapter VII resolutions.

128 De hecho desde hace ya tiempo –desde que se detectó el problema– las organizaciones internacionales han desarrollado procedimientos operativos relativos a la detención de personas, algunos para operaciones concretas (SOP 362 de COMISAF sobre detención de «non-ISAF personnel», SOP 3026 de KFOR, sobre detención de «non-KFOR personnel») o algunas como régimen interino hasta el desarrollo de una política específica (Detention in United Nations Peace Operations. UN DPKO, Department of Field Support, Ref. 2010.6. Interim Standard Operating Procedures. Approved 25 Jan 2010).

129 Así por ejemplo, en OSWALD, Bruce & WINKLER, Thomas. «Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations». *ASIL Insights*, Vol. 16, Issue 39, 2012. OSWALD, Bruce 'Ossie'. Copenhagen Process Tackles Delicate Topic of Detainees in Military Operations, 2013. <http://www.usip.org/publications/copenhagen-process-tackles-delicate-topic-detainees-in-military-operations>. BELLINGER, John. Hard National Security Choices. Completion of Copenhagen Process Principles and Guidelines on Detainees in International Military Operations, 2012. <http://www.lawfareblog.com/2012/12/completion-of-copenhagen-process-principles-and-guidelines-on-detainees-in-international-military-operations/>.

130 Así se recoge en el propio preámbulo del documento: IV. *Participants recalled and reiterated the relevant obligations of States, international organisations, non-State actors and individuals under applicable international law, recognizing in particular the challenges of agreeing upon a precise description of the interaction between international human rights law and international humanitarian law*; Tb. OSWALD, Bruce & WINKLER, Thomas. «Copenhagen Process ...», *op. cit.*, 2012. Aquí se reconoce que la diferencia de enfoques respecto al tema, fue uno de los mayores obstáculos para llegar a una posición común, de ahí que se soslayara.

los prisioneros de guerra¹³¹, fuera del alcance del documento. Estas omisiones, sobre todo la primera, son preocupantes en el sentido de que indicarían una resistencia al desarrollo de un marco normativo específico. No son pocos los que sostienen desde hace tiempo que tal marco es innecesario, y que con el actualmente vigente, sobre todo en materia de DIH (tanto positivo como consuetudinario), es más que suficiente. No es esa la postura aquí sostenida.

XV. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Prácticamente, de forma necesariamente sucinta, hemos expuesto todo lo que nos interesaba decir. Pero queda una cuestión a dilucidar, y no de escasa importancia: ¿tiene encaje en el derecho español una detención como la descrita? Centrando el tema: una detención producida en una situación distinta al conflicto armado internacional, llevada a cabo fuera del territorio español, por nuestras Fuerzas Armadas, y no dirigida a la ulterior persecución penal por parte de nuestros órganos judiciales.

Descartada en la mayor parte de los casos la aplicación del DIH, nos queda poco campo de acción. Remitirse al DIDH es un brindis al sol. Donde esta rama del derecho internacional debe plasmarse es, precisamente, en los derechos internos: leyes penales, procesales, etc. Además, es curioso comprobar como razonamientos brillantísimos en términos de derecho internacional, pierden buena parte de su utilidad cuando se trata de adaptarlos a los concretos términos de los derechos internos. Hay que tener en cuenta que, aunque para un Estado –sujeto tradicional del derecho internacional– pueda estar permitida una acción (una detención), el individuo que la ejecuta necesita normas detalladas para evitar incurrir en responsabilidades, incluso penales. Así las cosas, en el derecho español (del que forman parte los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales), solo contempla en tiempo de paz las privaciones de libertad a las que hacen referencia el artículo 17 de la

131 Amnesty International menciona en su IOR 50/003/2012 (citado) algunas ausencias significativas, incluidas las dos aquí destacadas: *The Principles do not explicitly recognise and affirm the application of international human rights law and standards in situations of non-international armed conflict and peace operations. The Principles do not acknowledge the absolute prohibition of enforced disappearance and other forms of secret detention under international law. This is especially of concern given that the Principles would allow states not to inform family members of the fate and whereabouts of a detainee, in circumstances that the Principles do not define or limit in time. The Principles appear to endorse indefinite administrative detention on security grounds, without providing for the safeguards identified as essential by the UN Human Rights Committee – including for instance, the right to challenge the lawfulness of detention before a court. The Principles seem to allow for indefinite detention of persons suspected of having committed criminal offences, without recognising the basic right to trial within a reasonable time or release. The Principles do not recognise that complaints of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment must be investigated by independent and impartial authorities, that victims of such abuses have the right to an effective remedy, and that those responsible for such abuses must be brought to justice.*

Constitución, los artículos 489 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y los artículos 61 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre extranjería. Y sin olvidar el régimen punitivo previsto en los artículos 163 y siguientes del Código Penal relativos a la detención ilegal. Tengamos en cuenta que, normalmente (salvo un hipotético régimen de ocupación), los contingentes españoles en el exterior estarán amparados por un SOFA o estatuto de la fuerza, que en muchos casos determinará la aplicación de la ley de bandera.

¿Cabe por tanto aceptar otro tipo de detenciones que las mencionadas, en el contexto en el que nos desenvolvemos? En nuestra opinión sí, aunque sin duda existen notables escollos prácticos. A modo de indicio transcribiremos un párrafo del encabezamiento del Protocolo firmado entre la Fiscal General del Estado –que es quien propone el texto– y el JEMAD, en 2015¹³²:

«La intervención de un buque de guerra español ante presuntos delitos cometidos en espacios marítimos no siempre implica la competencia para conocerlos y enjuiciarlos de los órganos judiciales españoles, pues, por una parte, no resultan coincidentes en los tratados internacionales las reglas que legitiman la intervención de un determinado buque de guerra con las reglas de competencia para el enjuiciamiento de dichos delitos y, por otra, muchas de estas actuaciones se realizan bajo mandato de una organización internacional de la que España es miembro (Naciones Unidas, OTAN, UE) o en virtud de colaboración con terceros Estados u otras organizaciones internacionales, ajustando su actuación, en estos casos, al correspondiente convenio, acuerdo, estatuto o resolución internacional vinculante».

Como decimos, es un indicio, pero no implica que el terreno esté despejado: en realidad se está refiriendo a la actuación de buques de guerra en espacios marítimos. Sin embargo se reconoce la posibilidad de detenciones no necesariamente dirigidas a la persecución penal. Por lo demás, acaso nuestros militares puedan practicar detenciones «operativas»¹³³ en determinadas circunstancias (en esencia la existencia de un mandato de una organización internacional competente, fundamentalmente la ONU mediante una resolución de su Consejo de Seguridad¹³⁴), fuera del contexto del conflicto armado

132 «El objeto de este escrito es proponer un protocolo de actuación para articular la forma en la que las autoridades del Ministerio de Defensa establecerán la relación con las fiscalías correspondientes cuando los buques de guerra españoles intervengan en unos hechos susceptibles de ser enjuiciados por los tribunales españoles en virtud del art. 23.4.d) de la LOPJ».

133 Es decir, practicadas en el desarrollo de una operación militar y no vinculadas ni a la persecución penal, ni al control de la inmigración ilegal. Para profundizar en el tema, MARTÍNEZ GUILLEM, Ramón. *La detención operativa en la frontera entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa 2014. Detesto las autocitas, pero en este caso parece ineludible.

134 Hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

de naturaleza internacional, pero deben tenerse previstas una serie de consideraciones antes de hacer algo tan grave como privar de libertad a una persona. Entre estas consideraciones están, sin ánimo de exhaustividad, qué hacer con el detenido, durante cuánto tiempo puede mantenerse la medida, *non-refoulement* en caso de transferencia, etc. Aún así sigue siendo una cuestión muy problemática.

XVI. CONCLUSIONES

En suma, podemos concluir algunas cosas.

La primera es que la detención de personas en operaciones militares, fuera del ámbito del conflicto armado de naturaleza internacional, no está regulada específicamente por el derecho internacional, dejando aparte algunas garantías mínimas previstas en el artículo 3 común a los convenios de Ginebra y en el Protocolo II Adicional a los mismos.

No obstante es patente que los Estados perciben la necesidad y legalidad (en abstracto) de tal medida en operaciones internacionales desarrolladas en contextos distintos a tal tipo de conflicto armado. Así cabe concluirlo de los –escasos– resultados del Proceso de Copenhague.

De los documentos no normativos examinados se deduce que es imperativo establecer procedimientos con garantías creíbles frente a eventuales detenciones arbitrarias, aunque sea por medio de documentos de tipo operativo, incluidos en planes de operaciones o similares, ROE, etc. Esto no elimina del todo el problema, pero al menos podría proteger a los militares implicados frente a posibles querellas.

Pero en todo caso, parece ineludible la necesidad de alguna habilitación legal, como mínimo un mandato de una organización internacional competente; preferiblemente una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, aunque sea por medio de la fórmula habitual de «todas las medidas necesarias».

Lo cierto es que, en el caso de España, no hay casi nada, ni siquiera una seria reflexión sobre un problema real. Sería muy deseable dar los pasos necesarios para una cierta recepción de esta problemática concreta en el derecho español.

LOS DELITOS DE OMISIÓN DE LOS MANDOS MILITARES Y SUPERIORES CIVILES ANTE LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES.
II. LOS SUJETOS ACTIVOS EN LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EX ART 615 BIS CÓDIGO PENAL. 2.1. Los jefes y autoridades militares o quienes actúen efectivamente como jefes militares. 2.2. Los superiores no militares.
III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OMISIONES PUNIBLES PRESENTES EN EL ART 615 BIS CÓDIGO PENAL. IV. EL DEBER ESPECIAL DEL SUPERIOR DE EVITAR LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior prevista en el art 615. 1, 2 y 4 bis Código Penal.
4.3. Imputación de la conducta y del resultado. Límites a la imputación. 4.4. La responsabilidad de los jefes militares y no militares por no evitar dolosamente los crímenes de los subordinados.
4.4.1 La prueba del conocimiento. 4.5. La responsabilidad de los jefes militares por no evitar con imprudencia grave los crímenes de los subordinados. 4.5.1. Consideraciones previas. 4.5.2. La justificación de la inclusión de la responsabilidad por imprudencia de los jefes militares. 4.5.3 La delimitación del deber de cuidado de los jefes militares. V. EL DEBER ESPECIAL DEL SUPERIOR A PERSEGUIR LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS EX POST FACTO. 5.1. Clasificación de la omisión punible.
5.1.1. Bien jurídico protegido. 5.1.2. Elemento subjetivo y consumación. 5.1.3. Concursos.
VI. EL DEBER GENERAL DE LOS FUNCIONARIOS Y DE LAS AUTORIDADES DE PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES.
VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Conforme a la legislación penal española, la comisión de crímenes internacionales es punible atendiendo a la tipificación que el CP español contiene sobre el delito de genocidio (art 607 CP), los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis) y los delitos cometidos con ocasión de un conflicto armado contra personas y bienes protegidos (arts. 608 y ss.). No obstante, conforme al art 9 del Código Penal Militar, son delitos militares, enjuiciables por la jurisdicción militar, «los delitos cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes», entre las que se encuentra el art 615 bis CP, sobre responsabilidad del superior por omisión.

Como es sabido, la comisión de estos crímenes internacionales requiere la participación de una pluralidad de individuos, organizados y armados, donde con frecuencia se vislumbra la participación y anuencia de autoridades estatales, militares o civiles, o de carácter paraestatal. La perpetración de estos delitos normalmente parte de la existencia de un «aparato organizado de poder», a través del cual, de forma activa, se ordena la comisión de dichos crímenes. No obstante, en ocasiones, y a falta de otros instrumentos probatorios, la omisión puede ser una forma de imputación de los mismos de altísima utilidad, tanto para los tribunales españoles (militares u ordinarios), como para los tribunales internacionales¹.

La ratificación de España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el 19 de octubre de 2000, supuso la necesidad de efectuar una serie de reformas en el Código penal para acompasar nuestra legislación al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Junto a la tipificación de los crímenes internacionales, el legislador español incluyó, tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre en el Código penal, el art 615 bis CP entre las disposiciones comunes de los capítulos II (delito de genocidio) II bis (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) del Título XXIV entre los Delitos contra la Comunidad Internacional. En dicho art 615 bis CP, se recogió un precepto de extraordinaria importancia en el ámbito de la intervención delictiva en crímenes internacionales, pues en él se regula la responsabilidad del superior por omisión. Dicho precepto trae causa del art 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), siendo la responsabilidad del superior por omisión, desde 1945, una forma de imputación jurídico-penal

¹ Entre otras, FARALDO CABANA, P. «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el derecho penal español», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 16, 2005, p. 62, alude, siguiendo a Kai Ambos, a que la responsabilidad del superior por omisión es complementaria a la autoría mediata activa; GARCÍA DEL BLANCO, V. «La responsabilidad del superior jerárquico en derecho penal español», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson 2013, p. 189.

de los crímenes a las autoridades militares o civiles por los crímenes cometidos por sus inferiores.

De hecho, la responsabilidad del superior por omisión no representa una novedad introducida en el art 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998, sino que fue un criterio de imputación empleado por los tribunales militares internacionales tras la Segunda Guerra Mundial. Los casos del general japonés, *Yamashita*, así como otros altos mandos del Ejército alemán (*Von Leeb, et al., Von List et al. etc.*) y japonés (*Hirota, Shigemitsu, etc.*) muestran cómo ciertas autoridades militares fueron condenados, sobre la base de comportamientos omisivos, en relación con las conductas delictivas de sus subordinados².

Por tanto, en la jurisprudencia internacional originaria, la no evitación de ciertas conductas criminales generaba –cumplidos ciertos requisitos– responsabilidad por omisión de los superiores por los hechos cometidos por su tropa. Asimismo deben recordarse los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, que positivarón por primera vez en el derecho humanitario convencional ciertos deberes de control y vigilancia de los mandos militares y otros superiores. Finalmente, la responsabilidad del superior fue recogida en los Estatutos del Tribunal para la antigua Yugoslavia y Ruanda (arts. 7.3 y 6.3 respectivamente), celebrándose varios enjuiciamientos sobre la base de la llamada *superior responsibility* en dichos tribunales internacionales³.

La importancia de la incorporación del art 615 bis CP al ordenamiento español es múltiple. Por un lado, porque recoge la posibilidad de imputar por omisión la comisión de crímenes internacionales a los superiores militares y civiles que no evitan los crímenes de sus subordinados (art 615.1, 2, 4 bis CP). Por otro lado, porque el art 615. 1, 2. 4 bis es precepto especial con respecto al art 11 del CP que regula, con carácter general, la comisión por omisión de los delitos de resultado en España. En ese sentido, el art 615 bis encuentra cierto paralelismo con algunos delitos de la parte especial del Libro II que contemplan de forma *específica* delitos de comisión por omisión, como sucede, por ejemplo, con el art 176 del CP en relación con la responsabilidad de ciertas autoridades y funcionarios, que faltando a los deberes del cargo, permiten que otros ejecuten actos de tortura o contra la integridad moral. En esos casos, dichas personas son sancionadas con las mismas penas que las impuestas a los autores. Adicionalmente, el art 615. 3 y 5 bis contiene otros delitos de omisión pura que afectan al personal militar y civil una vez los

2 Sobre estos enjuiciamientos, cfr. GARROCHO SALCEDO, A.M. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters, 2016, pp. 49 y ss.

3 Véase una panorámica general en GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en derecho penal internacional*, pp. 89-127.

delitos ya se han consumado. Finalmente el art 615.6 bis CP contempla, de manera absolutamente novedosa, un deber general de todo funcionario con competencia para perseguir la comisión de crímenes internacionales. De ese modo, el art 615 bis CP contempla, pues, *varios delitos de omisión*, de diferente naturaleza y gravedad en los distintos apartados del precepto⁴.

Antes de evaluar las tres tipologías de delitos de omisión que el art 615 bis CP recoge, deben efectuarse algunas precisiones en cuanto a los sujetos activos recogidos.

II. LOS SUJETOS ACTIVOS EN LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EX ART 615 BIS CÓDIGO PENAL

La responsabilidad del superior por omisión ante la comisión de crímenes internacionales ha sido una forma tradicional y alternativa para imputar los crímenes cometidos por los subordinados a los jefes y superiores en estructuras jerárquicas, fundamentalmente en el Ejército y en otros grupos fuertemente armados. Desde su configuración tradicional, la responsabilidad del superior ha albergado la responsabilidad de jefes militares y asimilados a estos y también de los jefes no militares (alcaldes, responsables de prefecturas e incluso empresarios). De hecho, hasta las negociaciones en Roma del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998, el derecho internacional consuetudinario no distinguía entre militares y civiles y se agrupaba, bajo el paraguas de la responsabilidad del superior o *superior responsibility*, a ambas categorías⁵.

Durante las negociaciones del ECPI en Roma, la delegación de EE. UU. propuso distinguir entre la responsabilidad por omisión de los jefes militares de otros superiores civiles⁶. Dicha propuesta fue aprobada y finalmente incorporada en el art 28 del ECPI, y de ella trae causa la redacción actual del art 615 bis CP.

La delimitación entre los jefes militares y aquellos que actúan, efectivamente, como jefes militares, de quienes son superiores no militares, es especialmente importante, puesto que, para los jefes militares y personas a ellos asimilados, el art 615.2 bis contempla una responsabilidad por imprudencia grave, que no se prevé para los superiores no militares. Por ello, la delimitación entre ambas

4 TAMARIT SUMALLA, J.M. «Disposiciones comunes, art 615 bis CP», en QUINTERO OLIVARES (Dir.) MORALES PRATS F., (Coord.). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6º ed. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters 2007, p. 2193.

5 Por todos, GARROCHO SALCEDO, A.M. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 90 y ss., 131-132.

6 *United Nations Diplomatic Conferences of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court*, Rome, 15-June-17 July 1998, Official Records, (A/CONF.183/13) Vol. II. New York 2002, p. 136, paras. 67, 68.

categorías es esencial, debido al elemento subjetivo más exigente que se cierne sobre el personal militar.

En todo caso, es importante destacar –como lo hace la doctrina⁷ y la jurisprudencia internacional⁸– que, en los casos en los que resulte de aplicación el art 615 bis CP o el art 28 ECPI, no tiene que tratarse de los superiores directos de aquellos inferiores que ejecutan los crímenes, sino que dicha responsabilidad penal se extiende a toda la cadena de mando, incluyendo a los mandos intermedios y a los altos mandos.

En la medida en que los tribunales españoles no han aplicado aún el art 615 bis del CP, para poder efectuar una delimitación entre los *jefes militares y asimilados* y los *superiores no militares*, se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia incipiente de la Corte Penal Internacional (caso *Bemba Gombo*) que de ello se ha ocupado. A continuación, tratarán de esbozarse los elementos de distinción fundamentales entre ellas.

2.1. Los jefes y autoridades militares o quienes actúen efectivamente como jefes militares

Para la jurisprudencia de la CPI, un jefe militar *de iure* es «aquella persona designada formal o legalmente para ejercer la función de mando militar»⁹, donde normalmente los mandos y sus fuerzas pertenecen a fuerzas armadas regulares de un Estado, y comandaran sus fuerzas conforme a las leyes militares nacionales. El art 615 bis CP hace mención a «autoridades militares»¹⁰

7 Así, por ejemplo, entre nosotros, Feijóo Sánchez, B., «Art 615 bis CP», en VVAA Memento Penal, 2017, Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid. kinson, hoe entre nosotros, 2017, nm. (Dir.) Morales Prats F., (Coord.) Comentarios a la parte especial del Derecho penalsnm. 19780 in fine; García Del Blanco, V., <<La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español>>, p. 211.

8 CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, para. 179.

9 CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, para. 176.

10 Conforme al art 3 del Código Penal Militar, 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».

en consonancia con el art 24 CP y a «jefes militares»¹¹. Para efectuar una interpretación de quienes son esas autoridades y jefes militares *de iure* deberá acudir en cada caso a las leyes militares internas, que dispongan la organización de los Ejércitos.

En contraposición con los jefes y autoridades militares *de iure*, están los jefes militares *de facto*, o quienes actúan efectivamente como jefes militares, pero que, formalmente, no lo son. La CPI entiende que bajo esta categoría deben incluirse a los mandos militares de fuerzas irregulares no gubernamentales, que se rigen por regulaciones internas, escritas o no. Estos individuos no son ni formal ni legalmente nombrados como jefes militares, pero actúan *efectivamente* como jefes de las fuerzas que cometen los crímenes¹². En ese sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo declaró que los jefes militares *de facto* conforman una categoría más amplia y distinta de los jefes militares, referida a «quienes tienen autoridad y control sobre fuerzas regulares gubernativas, tales como unidades de policía armada y fuerzas irregulares, como grupos rebeldes, unidades paramilitares y movimientos de resistencia armados y milicias, que siguen una estructura de jerarquía militar o una cadena de mandos»¹³.

Sin embargo, es necesario clarificar en mayor medida qué personas deben ser consideradas como jefes militares *de facto*, para restringir lo máximo posible esta categoría y evitar interpretaciones excesivamente amplias. Para ello, comparto la posición con Nora Karsten, quien entiende que la determinación de quien ejerce efectivamente como jefe militar depende de un criterio funcional, atendiendo al tipo de organización que el superior se encuentre dirigiendo en el momento de la comisión de los crímenes. Si los inferiores toman parte en un

11 De acuerdo al art 2 del Código Penal Militar, son militares: «...Quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica: 1.º Los que mantengan una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas o con la Guardia Civil, mientras no pasen a alguna situación administrativa en la que tengan en suspenso su condición militar. 2.º Los reservistas cuando se encuentren activados en las Fuerzas Armadas. 3.º Los alumnos de los centros docentes militares de formación y los aspirantes a la condición de reservistas voluntarios en su periodo de formación militar. 4.º Los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de la Guardia Civil. 5.º 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. 6.º En las situaciones de conflicto armado o estado de sitio, los capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil. 7.º Los prisioneros de guerra, respecto de los que España fuera potencia detenedora».

12 CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, paras. 176-177.

13 CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, junio 2009, para. 409.

conflicto armado, el jefe será militar, y si aquellos no participan en un conflicto armado, los superiores serán superiores civiles¹⁴.

No obstante, debe precisarse qué significa exactamente participar en un conflicto armado. A mi juicio, se tratará, pues, de una unidad, organización o institución *militar* si su propósito es participar *de forma continuada* en el conflicto armado, de modo que el jefe militar será la persona que se encuentre al mando de dicha organización¹⁵. Es precisamente la participación continua en el combate y no de forma aislada o puntual lo que permite considerar que una organización es militar a efectos de aplicar el art 615 bis CP, o el art 28 ECPI.

2.2. Los superiores no militares

En sentido contrario, cuando la organización o grupo no tenga como objeto participar de forma continua en un conflicto armado será una organización civil, y sus jefes o superiores serán, consecuentemente, superiores civiles, que responderán eventualmente conforme a lo dispuesto en el art 615.4 y 5 bis CP, incluso cuando los inferiores puedan, puntualmente, participar en las hostilidades¹⁶. Todos aquellos superiores o jefes que no hayan sido nombrados ni legal ni formalmente como mandos militares, y sin embargo se encuentren controlando a un grupo de personas, que no participen de forma continuada en un conflicto armado, serán superiores no militares a efectos del art 615.4 bis CP y del propio art 28 b) ECPI.

Los superiores no militares o civiles son aquellos que dirigen un grupo de personas que pueden estar armadas pero que no toman parte de forma continuada en un conflicto armado (ej. un comisario o un director de la policía, un delegado del gobierno, o ministro). Los jefes de ciertas organizaciones terroristas, paramilitares, o escuadrones de la muerte deberán ser considerados como jefes militares a efectos de la aplicación del art 615.1, 2, 3 bis CP, si puede probarse que los inferiores (bajo su mando y control efectivo) forman parte de

14 KARSTEN, N. «Distinguishing Military and Non-military Superiors. Reflections on the Bemba Case at the ICC», en *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 7, p. 1002.

15 GARROCHO SALCEDO, A. M. «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson 2013, pp. 158; ibídem, *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 163-167.

16 GARROCHO SALCEDO, A. M. «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», en GIL GIL (Dir.)/ MACULAN (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid, Dykinson 2013, pp. 158; ibídem, *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 164-165; ibídem, «La responsabilidad del superior por omisión», en GIL GIL/ MACULAN (Dirs.) *Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson 2016, pp. 239.

una organización que actúa de forma continuada en el seno de un conflicto armado (internacional o interno), pues, de lo contrario, deberán reputarse superiores civiles.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OMISIONES PUNIBLES PRESENTES EN EL ART 615 BIS CÓDIGO PENAL

A diferencia de la redacción del art 28 ECPI, el art 615 bis CP ha tipificado diversas conductas omisivas de diferente naturaleza y gravedad que dan lugar a delitos de omisión distintos.

El art 28 ECPI se ocupa de regular una forma de imputación de crímenes internacionales a la omisión del superior, atendiendo al carácter de *ultima ratio* del derecho penal internacional en general, y a la necesidad de que la Corte Penal Internacional sancione las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes¹⁷. Sin embargo, en el CP se sancionan conductas de muy diversa gravedad por lo que el art 615 bis CP ha tipificado omisiones que afectan al superior, de diferente naturaleza jurídica y lesividad, al igual que lo ha hecho el legislador alemán en los arts. 4, 13 y 14 del *Völkerstrafgesetzbuch* alemán (VStGB).

Con todo, debe advertirse que el Código Penal Militar¹⁸ (CPM) regulado por la LO 14/2015, de 14 de octubre, no cuenta con un precepto similar al art 615 bis CP y, en ese sentido, se encuentra ciertamente desfasado. No obstante, el Código Penal Militar contempla dos delitos de omisión pura¹⁹, que quedarán desplazados a favor del art 615 bis CP común, en virtud del art. 1.3 del CPM, cuando se trate de la responsabilidad de jefes militares por omisión ante la comisión de crímenes de derecho penal internacional. En esos casos, la jurisdicción militar aplicará el código penal común.

Por un lado, el art 64 CPM, establece que «el militar con mando de fuerza o unidad, comandante de buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o exlimitaciones de sus facultades o no procediere con

17 Sobre esta cuestión, véase, GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 223 y ss.

18 Recuérdese a este respecto que el art 1.3 del Código Penal Militar establece que: «Cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar».

19 Sobre ello, véase la panorámica ofrecida por MARTÍNEZ ALCANIZ, A. «La responsabilidad del superior militar. Especial referencia al ordenamiento jurídico español», en GIL GIL (Dir.)/MACULAN (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid, Dykinson, 2013, pp. 227 y ss.

la diligencia necesaria para impedir un delito militar, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo o, en su caso, la de inhabilitación absoluta para el mando de buque de guerra o aeronave militar».

Por otro lado, el art 80 CPM dispone que: «el militar que, obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos de la competencia de la Jurisdicción Militar o que teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiere en inmediato conocimiento de sus superiores, o no lo denunciase a autoridad competente, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión».

A continuación, se analizarán cada uno de los tres delitos de omisión que el art 615 bis del CP contempla.

IV. EL DEBER ESPECIAL DEL SUPERIOR DE EVITAR LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS

4.1. Consideraciones generales

Normalmente cuando se hace referencia a la responsabilidad del superior en derecho penal internacional, se piensa en la omisión del superior a la que poder imputar los crímenes internacionales que cometen sus fuerzas o sus subordinados. De hecho, tanto la redacción literal del art 28 ECPI, como la jurisprudencia de la CPI aclaran que los superiores responden *por los crímenes cometidos* por los subordinados, y no por otra clase de delitos de omisión pura²⁰. En relación con el art 28 del ECPI, razones sistemáticas y de política criminal abonan igualmente la tesis de que la responsabilidad del superior por omisión, contempla un supuesto de *comisión por omisión especialmente regulado*, y no un delito de omisión pura. Así pues, si el art. 28 ECPI contuviese algún delito de omisión pura debería haberse situado entre las disposiciones del Estatuto de Roma que regulan los tipos de delitos entre los artículos 6 a 8 bis del ECPI, y no en el art. 28 ECPI junto a las formas de intervención punible en los crímenes, que se contemplan en la parte general del Estatuto de Roma. Por otro lado, parece poco adecuado que la CPI tenga que ocuparse de enjuiciar delitos de menor gravedad, como los delitos de omisión pura, puesto que, su principal función, radica en investigar y juzgar a los máximos responsables de la comisión de los delitos más graves contra los bienes jurídicos más importantes, cuando los Estados no puedan o no quieran efectivamente hacerlo²¹.

20 CPI, Bemba Gombo, Trial Chamber, Judgment, 21 de marzo de 2016, paras. 173-174.

21 GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 203-211; *ibidem*, «La responsabilidad del superior por omisión», p. 242.

Sin embargo, el CP español –que contempla conductas muy distintas en cuanto a su lesividad– ha ampliado los contornos del art 28 ECPI en el art 615 bis y no solo sanciona a los superiores que no evitan los crímenes de los subordinados, a modo de una comisión por omisión específicamente regulada (art 615.1.2 y 4 bis CP), sino también otras conductas menos graves de omisa persecución *ex post facto* (art 615.3 y 5 bis) y de incumplimiento general de cualquier funcionario o autoridad que no persiga crímenes internacionales estando obligado a ello (art 615.6 bis CP). En el apartado siguiente, deben analizarse las conductas de omisa evitación de los crímenes cuando todavía el superior podía actuar para tratar de impedir que sus subordinados los cometiesen. Es decir: cuando el superior adquiere el conocimiento del riesgo de comisión de los crímenes, estos aún no se han consumado, por lo que el superior debe actuar para tratar de evitarlos, siempre que tenga la capacidad para ello.

4.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior prevista en el art 615. 1, 2 y 4 bis Código Penal

El art 615 1 y 4 bis CP²² contempla la responsabilidad de los jefes militares, asimilados y jefes no-militares que no eviten *dolosamente* los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo. En el art 615.2 bis CP se contempla la responsabilidad por *imprudencia grave* de las autoridades y jefes militares, *de iure* o *de facto*, exclusivamente, y ella se analizará *infra* en el siguiente apartado.

En los supuestos dolosos, debe sancionarse a los jefes y superiores con la misma pena que a los autores. Por la penalidad prevista, junto a la redacción de los apartados 1 y 4 del art 615 bis CP, puede afirmarse que lo que contiene dicho tipo penal es una *comisión por omisión especialmente regulada* –como sucede con el art 176 CP– que desplaza la aplicación del art 11 CP por especialidad, en la medida que el art 11 CP contiene la forma de entender, con carácter general, la comisión por omisión de delitos de resultado en España.

En ese sentido, como expresa Feijóo Sánchez, en los casos de crímenes internacionales, «el art 615.1.2 y 4 bis CP ya ha resuelto la cuestión dogmática de partida: la no evitación del delito por el subordinado equivale a su realización»²³.

22 El art 615.1 y 4 bis CP establece que: «1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores (...) 4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores».

23 FEIJÓO SÁNCHEZ, B. «Art 615 bis CP», nm., 19783. En sentido parecido a FEIJÓO SÁNCHEZ, FARALDO CABANA, P. «La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código penal español», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 97, 2011, pp. 187-188. DÍAZ MORGADO, C. «Art 615 bis»,

Con ello, se quiere subrayar la especialidad del art 615 1.2 y 4 bis CP respecto del art 11 CP, que ya en su configuración lleva implícito el reconocimiento de que la no evitación del superior-garante del crimen de sus subordinados, siempre que ello fuese posible, equivale a su realización o causación por vía activa. Sin embargo, es ineludible que la comisión por omisión especialmente regulada en el art 615.1, 2 y 4 bis CP cumpla con todas las exigencias de imputación objetiva y subjetiva de la dogmática general de la comisión por omisión. El precepto refuerza simplemente la posibilidad de la construcción de la comisión por omisión cuando se trata de crímenes, cometidos por sus inferiores, que no son evitados por parte de los superiores civiles y militares, *de iure* o *de facto*. En este contexto es muy importante tener en cuenta que la responsabilidad del superior por omisión por la comisión de crímenes internacionales no es una responsabilidad objetiva por el hecho ajeno o por el cargo, que se derive del mero estatus de superior respecto a sus fuerzas o sus subordinados (cfr. caso Vielmann, también conocido como plan operativo Pavo Real/plan Gavilán, SAN 5/2017, de 6 de marzo, FJº 4º). En sentido contrario, y como no podía ser de otro modo, la responsabilidad del superior es un supuesto de comisión por omisión especialmente regulada pero que debe cumplir con los principios, garantías y límites de cualquier forma de responsabilidad penal.

4.3. Imputación de la conducta y del resultado. Límites a la imputación

El fundamento material de la responsabilidad por omisión de los jefes militares y superiores civiles proviene de la defectuosa organización de su ámbito de competencias. En el caso de que los subordinados se propongan cometer los crímenes, o los estén cometiendo, el superior tiene un deber de reconducir las actividades de sus subordinados a un estado inocuo (o mejor dicho, dentro del riesgo permitido); en caso de no hacerlo, el superior es responsable de los actos lesivos causados por sus inferiores al no haber instado las medidas de evitación que dicho aseguramiento requería. El fundamento de la responsabilidad penal del superior proviene, por tanto, de no haber organizado su esfera de competencias dentro del riesgo permitido, garantizando que terceras personas no resulten dañadas²⁴.

en CORCOY BIDASOLO, M., / MIR PUIG, S. (Dirs.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1801. Sin embargo, manifiesta, entre nosotros, sus dudas sobre la naturaleza de comisión por omisión de la responsabilidad del superior en el art 615 bis CP, GALÁN MUÑOZ, A. «La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma», en *Revista penal*, n.º 16, 2005, pp. 79, 81.

24 Así, GARROCHO SALCEDO, A.M. «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», pp. 167-169; *ibidem*, *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 223 y ss.

La existencia de mando o autoridad y control efectivo sobre los subordinados conforma un dato estable para, a partir de ahí, poder delimitar el ámbito de organización concreto que el superior administra o gestiona, y del que se deriva eventualmente su responsabilidad penal por omisión. Por ello, el art 615 .1.2 y 4 bis CP menciona que los subordinados deben estar sometidos a su «*mando y control efectivo*», cuando se trate de jefes militares *de iure* o *de facto*, y se alude al superior no militar, que en el «ámbito de sus competencias», no adoptará las medidas de evitación de los crímenes a manos de sus subordinados. En ambos casos, se subraya la perspectiva material y no meramente formal con la que se contempla la conformación de la posición de garantía²⁵. No obstante, hubiese sido deseable que el legislador español –siguiendo la literalidad del art 28 b) ECPI– hubiese hecho referencia a la existencia de «autoridad y control efectivo», cuando se trate de significar la posición de garante de los superiores no militares o civiles. Por su parte, la jurisprudencia internacional es constante recordando que la prueba de la mera designación formal en el puesto como superior no es suficiente para conformar la responsabilidad del superior por omisión²⁶. Lejos de articularse una mera responsabilidad formal o una responsabilidad por el estatus, tanto el art 615 bis CP, como el art. 28 ECPI, incorporan una fundamentación material de la responsabilidad omisiva de los superiores, que viene especialmente destacada con la exigencia de que el superior esté ejerciendo el «mando y el control efectivo» sobre sus fuerzas, o que el superior actúe en el «ámbito de sus competencias» debiendo evitar las conductas lesivas de sus subordinados.

Por tanto, lo primero que deberá corroborarse es que el superior –militar o civil– estaba verdaderamente a cargo de sus subordinados cuando este tuvo conocimiento de la situación típica de peligro para el bien jurídico, que le obligaba a actuar para intentar evitar el delito. Por ello, si no se llegase a probar la existencia de dicho control efectivo del superior sobre los subordinados en el momento de actuar, no podrá deducirse responsabilidad alguna para el superior. Sin la prueba del control y el mando o la autoridad efectiva del superior sobre los inferiores, no cabe atribuir responsabilidad por omisión al superior por los delitos cometidos por aquellos.

Los indicios manejados por la jurisprudencia internacional (CPI y TPIY) para la comprobación del control efectivo del superior hacia sus subordinados son los siguientes:

- 1) *la posición oficial del imputado;*
- 2) *su poder de impartir órdenes;*

25 Entre otras, GARCÍA DEL BLANCO, V. «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», p. 209.

26 Por ejemplo, TPIY, *Brđanin*, Trial Chamber, Judgement, de 1 de septiembre de 2004, para. 276; *Blagojević and Jokić*, Trial Chamber, Judgement, de 17 de enero de 2005, para. 791.

- 3) su capacidad para garantizar el cumplimiento de dichas órdenes;
- 4) su posición dentro de la estructura militar y el tipo de tareas asignadas;
- 5) su capacidad de impartir órdenes a fuerzas o unidades bajo su mando para involucrase en las hostilidades;
- 6) su capacidad de modificar la subordinación de las unidades o modificar la estructura de mando;
- 7) su potestad de promocionar, reemplazar, eliminar o sancionar a sus fuerzas, y
- 8) su autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y replegar las fuerzas en cualquier momento²⁷.

En todo caso, la comprobación de que el superior está ejerciendo el mando/autoridad y control efectivo sobre sus inferiores subraya la concurrencia de una posición de garantía, o, si se prefiere, de un ámbito de organización determinado que administra el superior. A partir de ahí, se puede construir la responsabilidad por omisión del superior por los crímenes cometidos por sus subordinados, siempre que, por lo demás, se cumplan los demás criterios de imputación objetiva y subjetiva en los supuestos de comisión por omisión.

De hecho, el art 615. 1 y 4 bis del CP establece que, en estos casos, el superior (militar o civil) «será castigado con la misma pena que los autores». A mi juicio, la equiparación penológica solo es admisible porque, en realidad, los superiores en estos casos, y al igual que sucede en el caso de la autoría mediata activa a través de «instrumento» responsable, son *autores* por omisión de los crímenes de los subordinados y no meros partícipes (inductores o cooperadores necesarios). El concreto título de imputación por el que responde el superior, con carácter general, es –a mi juicio– a título de autor, puesto que la responsabilidad del subordinado no elimina en absoluto la posibilidad de considerarlo autor. La imbricación del ámbito de responsabilidad del superior con el del subordinado posibilita mantener el título de autoría del mando respecto al delito no evitado del inferior²⁸.

27 CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, junio 2009, para. 417. TPIY, *Kordić & Čerkez*, Trial Chamber, Judgment, 26 febrero 2001, para. 438; *Orić*, Appeals Chamber, Judgment, 3 julio 2008, paras. 91-92; *Hadzihasanović & Kubura*, Appeals Chamber, Judgment, 22 abril 2008, para. 21; *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgment, 29 julio 2004, para. 69; *Strugar*, Trial Chamber, Judgment, 31 enero 2005, paras 406 y 408; *Delalić et al*, Trial Chamber, Judgment, 16 noviembre 1998, para. 767.

28 Así, PEÑARANDA RAMOS «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto a hechos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex 2006, p. 423; ibidem «Autoría y participación en la empresa», en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir.) *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Madrid: Colex 2008, pp. 184-185. En el mismo sentido, en 2005, MARAVER GÓMEZ, M. «Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad», p. 646 con referencias, estimando que «la idea es que si los ámbitos de responsabilidad están claramente diferenciados, el comportamiento del

Al igual que ocurre en la autoría mediata –que concretamente es regulada legalmente en el art 25.3 a) ECPI, y que muchos ordenamientos del entorno reconocen– el superior omitente, que no evita el crimen del subordinado, es autor del mismo, habida cuenta, precisamente, de su facultad de mando o autoridad y control efectivo sobre el inferior. En realidad, la autoría mediata activa, e incluso la coautoría activa, y responsabilidad del superior por omisión son dos reversos de la misma moneda, donde el superior que no evita el delito del inferior, con carácter general, no *participa* en su hecho facilitando o colaborando en él, sino que el crimen es obra suya, puesto que, desde su esfera de competencias, se ha producido un hecho lesivo que puede y debe serle imputado, salvo algunas excepciones, al superior como autor²⁹.

A continuación, se esbozarán los elementos esenciales que conforman la responsabilidad del superior por los crímenes de los subordinados en comisión por omisión.

- 1º) Lo primero que debe comprobarse es que la comisión de uno de los crímenes internacionales (genocidio, delitos de lesa humanidad o delitos contra personas y bienes cometidos con ocasión de un conflicto armado) es imputable a los subordinados de un determinado jefe militar o superior civil (art 615 bis CP). Si no se tratase de delitos de derecho penal internacional, serán delitos comunes, y en ese sentido aplicaríamos la regla del art 11 CP, y los delitos –dolosos o imprudentes– que a lo largo del Libro II se contengan.
- 2º) En segundo lugar, deberá demostrarse que dicho superior estaba al mando o tenía autoridad sobre los inferiores en el momento de comisión de los hechos. Ello demarcará la posición de garantía del superior.
- 3º) En tercer lugar, deberá probarse que el superior tuvo conocimiento de la situación típica de peligro (riesgo de comisión de los crímenes) y no instó las medidas a su alcance para intentar evitarlos. En caso de que el superior no pudiese adoptar medidas de evitación, o cuando estas se mostrasen como inidóneas para evitar el resultado ya desde la perspectiva *ex ante*, no podrá efectuarse una desvaloración de la conducta omisiva del superior omitente. Por ello, cuando el sujeto no tiene capacidad individual de actuar, su omisión no puede considerarse típica, atendiendo a la naturaleza imperativa de las normas penales, pues el ordenamiento

tercero excluye, en todo caso, la relación de autoría y solo hay lugar a una posible responsabilidad basada en la participación. Si, por el contrario, no existe una clara delimitación de ámbitos de responsabilidad, todos los sujetos serán competentes o garantes de la evitación del resultado y podrán responder como coautores». Se aproxima también a estos planteamientos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid, Reus 2007, pp. 226- 227.

29 Sobre ello véase *in extenso*, GARROCHO SALCEDO, A.M. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 335 y ss.

jurídico no puede imponer o prescribir a los individuos la realización de determinadas conductas de imposible realización personal (*ad impossibilia nemo tenetur*)³⁰.

En caso de que el superior no tome medidas para evitar los delitos que estaban a su alcance y que estas, desde la perspectiva *ex ante*, se mostrasen como idóneas y razonables para impedir la comisión del crimen, la conducta omisiva del superior ya podrá merecer el reproche como *tentativa*.

Cuestión distinta es que el superior haya provocado activamente, dolosa o imprudentemente, un estado de incapacidad de actuar que le va a ser reprochado jurídicamente como *omissio libera in causa*, más concretamente *omissio libera in agendo*, o cuando pudiendo haber evitado su estado de inconsciencia o de inimputabilidad o su ausencia de acción, el superior no ha hecho nada para evitarla, en cuyo caso se estará ante un escenario de *omissio libera in omittendo*³¹. Un ejemplo de lo primero sería cuando el superior se embriaga para incapacitarse posteriormente para instar medidas de evitación de eventuales riesgos cognoscibles por el superior que le alertaban de que sus subordinados se disponían a cometer un crimen internacional. Ejemplo de lo segundo sería cuando el superior tolera o no evita que un tercero le inyecte droga intravenosa, que le conducirá a un estado de intoxicación, cuando podía haberlo evitado. Atendiendo a las causas de exención de la responsabilidad previstas en el art 20.2º CP, no es descartable que se produzcan en la praxis intoxicaciones provocadas por parte de los superiores, para, posteriormente, aducir un supuesto de incapacidad de acción. En esos casos, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 20.2º CP, dicho estado de intoxicación provocado no eximirá de responsabilidad penal. Ante eventuales supuestos de este tipo podrá acudir al instrumento dogmático de la *omissio libera in agendo* o *in omittendo*, que permitirá dejar sin operatividad la pretendida intoxicación como explicación de la ausencia de capacidad de actuar, y entender que

30 Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Los delitos de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch 1986, pp. 26 y ss., 298-299. De forma constante, la jurisprudencia del TPIY ha reconocido que el superior solo puede ser responsable si se prueba que tenía la capacidad material (*material ability*) de controlar a los subordinados. Así, Čelebići, Trial Chamber, Judgment, de 16 de noviembre de 1998, paras. 378, 395; Blaškić, Trial Chamber, Judgment, 3 de marzo de 2000, para. 335; Blaškić, Appeals Chamber, Judgment, de 29 de julio de 2004, para. 72; Naletilić et al., Trial Chamber, Judgment, de 31 de marzo de 2003, para. 66 y ss. 394; Halilović, TC, Judgment, de 16 de noviembre de 2005, para. 73 y ss.; Hadzihasanović, Trial Chamber, Judgment, de 15 de marzo de 2006, paras. 86, 88, 122 y ss.; Mrkšić et al., Appeals Chamber, Judgment, de 8 de diciembre de 2010, paras. 153-155. Cfr. BOAS, Gideon/BISCHOFF, James L./REID, Natalie. *Forms Of Responsibility In International Criminal Law International Criminal Law*, Practitioner Library Series, Volume I, 1ª ed. New York: Cambridge University Press, et al. 2007, 183-193 con interesantes referencias jurisprudenciales.

31 Sobre estas cuestiones, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 260-273. Asimismo, por ejemplo, WEIGEND, § 4 VStGB, en MK², n.m. 51, p. 1074, con referencias.

dicha intoxicación fue provocada, imputando al comportamiento anterior su omisión comisiva, siempre que –al menos– se pruebe que el superior estaba alertado del riesgo de comisión del crimen que posteriormente se realizó.

Al margen de la intoxicación provocada como *actio y omissio libera in causa* regulada específicamente en el art. 20.2º CP, puede ocurrir que la «incapacidad de actuar» del superior no redunde en la creación de un estado de inimputabilidad, sino de otra situación en la que el sujeto se auto-provoque su incapacidad de actuar. Estos casos deberían entenderse incluidos entre los supuestos de incapacidad de acción provocada a modo de *omissio libera in agendo* o *in omittendo*.

- 4º) En cuarto lugar, la imputación del resultado requerirá la comprobación de que la conducta de evitación que el superior omitió habría resultado idónea, también *ex post*, para evitar el resultado lesivo producido por sus subordinados. La mayor o menor certitud acerca de la idoneidad de la conducta de evitación debida por el superior, valorada desde el punto de vista *ex post*, es una cuestión de prueba, cuyo valor debe verificarse más allá de toda duda razonable³².

En este punto el Tribunal Supremo alude a la llamada causalidad hipotética, (STS 636/2007, de 28 de marzo; STS 459/2013, de 28 de mayo) mientras que la Corte Penal Internacional se ha decantado por emplear la *teoría del incremento del riesgo* para medir dicha relación hipotética entre el resultado lesivo producido y la medida de evitación no adoptada por el superior-garante³³.

Todo lo afirmado hasta aquí son consideraciones generales acerca del fundamento y de la imputación de la conducta y del resultado en la responsabilidad del superior por omisión, aplicables tanto a supuestos dolosos como imprudentes.

La incriminación de la responsabilidad del superior militar y civil en el art 615 bis del CP es dolosa, aunque en lo que afecta al personal militar, también se ha previsto en el art 615.2 bis CP la responsabilidad del superior militar por *imprudencia grave*. Por esta razón, la delimitación conceptual entre autoridades y jefes militares y aquellos que se asimilan a ellos y los superiores no-militares o civiles es fundamental, puesto que el elemento subjetivo con el que se puede operar, en uno y otro caso, es especialmente significativo.

32 Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER. *Omisión e injerencia en Derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 566 y ss. Del mismo modo, GARROCHO SALCEDO, A. M. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 268; ibidem «La responsabilidad del superior», p. 245.

33 CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, junio 2009, para. 425 *in fine*.

A continuación deben analizarse con cierto detenimiento las diferencias que pueden concurrir en la forma de responsabilidad dolosa (apartado 4) o imprudente (apartado 5) con la que actúen los jefes y superiores.

4.4. La responsabilidad de los jefes militares y no militares por no evitar dolosamente los crímenes de los subordinados

El grado de responsabilidad subjetiva más intensa en la responsabilidad del superior viene representada por aquellas situaciones en las que el superior – civil o militar– *conoce* la existencia de un peligro de comisión de los crímenes a manos de sus inferiores, y no realiza ninguna conducta tendente a evitarlo. Esta vendría a contemplar una responsabilidad dolosa, donde, como es sabido, en el ámbito de la comisión por omisión del *civil law*, el elemento referido a la *intención* no suele formar parte del dolo en las omisiones comisivas.

El Tribunal Supremo viene estimando la presencia de dolo en la comisión por omisión cuando el garante conoce: 1) la situación típica de peligro que le obliga a actuar, 2) su capacidad de actuar para tratar de evitar el resultado desvalorado y 3) las circunstancias que fundamentan su posición de garante (SSTS de 30 de junio de 1998 y de 24 de octubre de 1990; STS 1648/1999, de 22 noviembre; STS 1061/2009, de 26 octubre). No obstante, afirma el TS que «habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida» (STS 459/2013, de 28 de mayo).

El objeto de referencia del conocimiento del superior viene conformado por los crímenes base cometidos por los subordinados y todos los elementos objetivos y subjetivos, generales o específicos, de los distintos crímenes. Cuando el superior *conoce* el riesgo de comisión o la efectiva comisión de los crímenes, este adquiere conocimiento sobre la situación típica que le obliga a actuar para tratar de evitarlos. Dicho conocimiento, que podrá probarse a través de indicios, servirá también para efectuar el juicio de imputación subjetiva que permite imputarle el crimen cometido por el inferior de forma dolosa. En caso contrario, no podrá deducirse responsabilidad penal alguna, salvo que quepa, para el caso de los jefes militares, imputarles el crimen por imprudencia grave (*vid. infra* apartado 5).

No obstante, el objeto del conocimiento del superior no se agota en los crímenes base que dolosamente cometen los subordinados, sino que, además, este conocimiento debe existir en relación con las circunstancias que delimitan su posición de garantía, así como el conocimiento de su capacidad de actuar, para poder efectuar el máximo reproche al superior en estas circunstancias. De ese

modo, para poder realizar el máximo juicio de reproche subjetivo, el superior debe conocer:

- i. Que concurre una situación típica de peligro para los bienes jurídicos, representado por el riesgo de comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad o crímenes cometidos con ocasión de un conflicto armado;
- ii. Que ese peligro proviene de «focos de peligro» sometidos a su poder/mando/autoridad y control efectivo, siendo así consciente de la existencia de su posición de garantía, o, lo que es lo mismo, su vinculación con el hecho lesivo, o, en su caso, que ostenta una posición de garantía respecto a la protección de los bienes amenazados que le obliga a asegurar que sus tropas actúen para evitar el riesgo potencial que los amenaza.
- iii. Que tiene capacidad personal para actuar para poder evitar o neutralizar dichos riesgos para que estos no se conviertan en una lesión al bien jurídico.

4.4.1. La prueba del conocimiento

El conocimiento del superior sobre los crímenes base no puede ser presumido y deberá efectuarse a través de la prueba de indicios. La jurisprudencia internacional ha manejado lo siguientes:

«Número y extensión de actos ilícitos; comisión generalizada de los crímenes; momento o tiempo en el que estos tuvieron lugar; tipo y número de tropas involucradas; medios de comunicación disponible; *modus operandi* de actos semejantes; extensión y naturaleza de la posición del superior y responsabilidad en la estructura jerárquica; localización temporal y geográfica del superior en el momento de la comisión de los actos o la existencia de una estructura organizada con un sistema de información y supervisión»³⁴.

La prueba del conocimiento en el ámbito de los delitos de derecho penal internacional no representa excesivos problemas probatorios, ya que, con carácter general, los crímenes cometidos alcanzan una sistematicidad, gravedad y notoriedad manifiesta, de modo que difícilmente puede negarse su concurrencia.

Asimismo, la restricción típica que opera en los crímenes de guerra y especialmente en los crímenes de lesa humanidad, cuando se exige la existencia de ciertos elementos de contexto, hacen difícil que, desde el primer momento comisivo, se

34 CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, junio 2009, para. 431.

contemplan como «típicas» ciertas actuaciones, puesto que su tipicidad requiere su inserción en un contexto de sistematicidad en el ataque o de generalización que impiden su apreciación desde el momento primero. En cualquier caso, comprobada la concurrencia de los elementos típicos que los diversos delitos requieren conforme al Código Penal puede construirse la responsabilidad del superior en omisión siempre que el conocimiento de la comisión de los crímenes pueda inferirse de las circunstancias del caso concreto, y para ello los criterios enunciados *supra* pueden servir para su prueba.

En este contexto son especialmente significativos los casos en los que el superior ha tenido conocimiento de la comisión de un crimen por sus subordinados o por sus tropas *ex post facto*, tras el cual –una vez se ha tenido conocimiento de una primera secuencia delictiva (por ejemplo, ejecuciones extrajudiciales de presos, operaciones de «limpieza social» o violaciones sistemáticas contra mujeres durante el asedio a una comarca)– el superior ya no podría alegar desconocimiento con respecto a ulteriores episodios delictivos de idéntica tipicidad.

El conocimiento del riesgo de comisión de más crímenes puede ser inferido, nunca presumido, en atención a las circunstancias del caso y en relación con delitos de igual naturaleza. Más complejo es, sin embargo, el escenario donde el superior ha conocido *ex post facto* la realización de unos determinados crímenes y, posteriormente, se cometen otros delitos no de idéntica, sino de *similar* naturaleza (por ejemplo malos tratos/tortura) o incluso de *distinta* naturaleza (torturas y violaciones), y conocidos por el superior tras su consumación³⁵.

El conocimiento cierto del superior sobre la comisión de un crimen (por ejemplo, homicidios contra civiles) debería ser suficiente para poder imputar un conocimiento del riesgo posterior con respecto a crímenes de menor gravedad (por ejemplo, torturas). En ese caso, el conocimiento de un riesgo típico de especial intensidad puede servir para alertar al superior de la existencia de riesgos típicos de menor entidad, y con ello perfeccionarse así la prueba del conocimiento en relación con delitos de menor gravedad. Asimismo, cuando el superior conoce que los subordinados han cometido delitos de tortura contra detenidos, puede deducirse o inferirse de ese hecho un conocimiento del superior en torno a posteriores delitos de malos tratos, y a la inversa, en la medida que ambos tipos de delitos están en estrecha relación y su diferencia atiende a una cuestión de grado en la intensidad del ataque contra el bien jurídico protegido. Sin embargo, podría ser discutible que, a partir de la prueba de un conocimiento cierto del superior sobre la comisión de ciertos crímenes (por ejemplo violaciones

35 TPIY, *Hadzihasanović & Kubura*, Trial Chamber, Judgement, de 15 de marzo de 2006, paras. 114-115; *Krnjelac*, Appeal Chamber, Judgement, de 17 de septiembre de 2003, para. 155.

masivas a mujeres), pueda inferirse un conocimiento sobre eventuales delitos de mayor gravedad como, por ejemplo, el homicidio.

En estos supuestos, cabrá en su caso construir la responsabilidad del superior por omisión a partir de la imprudencia, en la medida que el conocimiento de un riesgo típico es suficiente para poner en alerta al superior, obligándole a tomar medidas precautorias en relación con las conductas de sus fuerzas. En tal caso procede, pues, que el jefe militar inste controles adicionales necesarios que pudieran alertarle en un momento posterior de que sus fuerzas se proponen cometer delitos de mayor gravedad. No obstante, en atención a las circunstancias del caso, y a la prueba del conocimiento cierto del superior sobre un concreto riesgo típico, es posible incluso que, en ocasiones, no sea descartable inferir de las circunstancias un conocimiento de mayor intensidad que posibilite la imputación de los crímenes al superior a título de dolo eventual.

4.5. La responsabilidad de los jefes militares por no evitar con imprudencia grave los crímenes de los subordinados

4.5.1. Consideraciones previas

La comisión imprudente de un genocidio, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra no parece ser el escenario habitual en la práctica, e incluso podría ser técnicamente discutible. De hecho, la fenomenología de estos delitos muestra una clara intención de los intervinientes en la comisión de estos crímenes, que con altísima frecuencia cuentan con la participación activa y directa de los agentes estatales, o cuanto menos con su clara anuencia. De ese modo, la autoría mediata y la coautoría activa y dolosa son las formas de imputación tradicionales en este tipo de crímenes, donde concurre un plan criminal, perfectamente delineado y determinado por los jefes de la organización criminal, que será ejecutado por los miembros de dicha organización³⁶.

No obstante –y al margen de ciertos supuestos de error, que son posibles imaginar con respecto a ciertos crímenes de guerra³⁷– existe un claro ámbito de actuación en el que tiene pleno sentido, desde una perspectiva preventiva³⁸,

36 Así, GARROCHO SALCEDO, A. M. «Imprudencia y Derecho penal internacional. Algunas consideraciones al hilo de su previsión en el Estatuto de la Corte penal internacional», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, n.º 19, 2017, p. 3.

37 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. «La parte general del Estatuto de la corte penal internacional», en *Actualidad penal*, n.º 41, 2003, p. 1040. Sobre el art 32 ECPI y el error en este ámbito cfr., GARROCHO SALCEDO, A. M. La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional, pp. 374-379.

38 Así, por ejemplo, en la doctrina española, GARCÍA DEL BLANCO, V. «La responsabilidad del superior jerárquico

la conformación de una responsabilidad por imprudencia de los jefes y superiores en relación con las conductas de sus inferiores: el ámbito de la responsabilidad de los superiores por omisión (art 615.2 bis CP³⁹). En esos casos, puede tener sentido vincular el omiso control imprudente del superior con la ulterior comisión dolosa de un crimen internacional por parte de los subordinados. Ciertamente, lo que desde la perspectiva de un comportamiento activo no tiene sentido alguno, sí lo puede adquirir cuando lo que se evalúa es un comportamiento omisivo. Como ya afirmaba, entre nosotros, Quintano Ripollés, en relación con la responsabilidad del superior por omisión, «nada impediría (...) una estimativa culposa, posible en quien no adoptando las medidas cautelares que la prudencia aconseja para prevenir la infracción previsible, la provoca con su conducta negligente»⁴⁰.

El derecho consuetudinario internacional encuentra en el caso de los rehenes (*Hostages case*) el antecedente más explícito de la responsabilidad de los superiores por omisión imprudente, en el que se resalta el deber de los mandos militares de mantenerse informados con respecto a la conducta de la tropa⁴¹. También el caso *Roehling* resulta paradigmático a este respecto, donde el tribunal destacó que los superiores tenían un deber de conocer (*duty to know*) aquello que sucedía en su organización, de manera que la ausencia de conocimiento solo podía producirse por la imprudencia (*negligence*) del superior en la adquisición de dicho conocimiento⁴².

Esta forma de responsabilidad omisiva por imprudencia no creo que vaya a tener una aplicación significativa en la jurisprudencia venidera de la CPI, pues ella se encargará de enjuiciar los casos más graves donde se dirimirá la responsabilidad penal más intensa de los máximos responsables. Sin embargo, en derecho penal interno, la responsabilidad del superior militar por imprudencia grave puede tener un amplio recorrido, en la medida que los tribunales penales nacionales cuentan con medios materiales mejores para efectuar imputaciones jurídico- penales de diferente gravedad. La responsabilidad del jefe militar o asimilado por imprudencia menos grave y leve son obviamente atípicas conforme al CP español.

en Derecho penal español», pp. 215-217. Recientemente, GARROCHO SALCEDO, A. M. «Imprudencia y Derecho penal internacional», pp. 3-4. Favorable también en la doctrina anglosajona, ROBINSON, D. «A justification of command responsibility» en *Criminal Law Forum*, 2017, pp. 6 y ss.

39 El art 615.2 bis CP establece en relación a la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal, que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, que: «si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados».

40 QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Vol. I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid: Instituto «Francisco de Vitoria» 1955, p. 653.

41 *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI. Washington: 1950, p. 1281.

42 *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XIV, appendix B. Washington: 1950, p. 1106.

4.5.2. La justificación de la inclusión de la responsabilidad por imprudencia de los jefes militares

La realización de actividades de riesgo motiva que el derecho penal imponga deberes de cuidado a ciertos agentes en el desarrollo de esas actividades peligrosas. La ejecución de ciertas operaciones militares en el contexto de un conflicto armado, o las operaciones especiales de carácter humanitario, acarrearán, indudablemente, serios riesgos para las personas. Por ello –como señala la doctrina internacional⁴³– parece muy razonable que los jefes militares tengan impuestos deberes de cuidado de control y vigilancia en relación con las actividades de la tropa, puesto que estas ejecutan en no pocos casos actividades que suponen un elevado riesgo para la vida e integridad física y moral de las personas.

Dicha circunstancia exige que los jefes y mandos militares ultimen las medidas precautorias en relación con las conductas de la tropa. Por esta razón, la imposición de ciertos deberes de cuidado en relación a los jefes militares y asimilados (por ejemplo, guerrilleros o milicianos insurgentes que operan en conflictos armados) tiene pleno sentido desde un punto de vista preventivo, atendiendo a la peligrosidad extrema que, las operaciones militares y los contextos de conflicto armado, pueden significar para los civiles y otros bienes protegidos en el ámbito de los conflictos armados, y que, por extensión, van a aplicarse también a las operaciones especiales que estas fuerzas pueden tener encomendadas en tiempos de paz⁴⁴.

El art 615 bis CP –al igual que el art 28 ECPI– no ha previsto un estándar subjetivo de imprudencia con respecto a los jefes no-militares (por ejemplo, miembros de la policía, ministros, etc.), por lo que estos no se verán afectados por esa eventual forma de responsabilidad imprudente de menor intensidad en relación con la comisión de crímenes internacionales. No obstante, para los jefes civiles siempre podrá aplicarse la comisión por omisión prevista en el art 11 CP en relación con delitos que, como el homicidio o las lesiones (arts. 142 y 152 CP) sí admiten su comisión imprudente.

El tipo de responsabilidad por imprudencia grave que contiene el art 615.2 bis CP es una suerte de *culpa inconsciente*, por la que se castiga al jefe o autoridad

43 Así, MARTÍNEZ, «Understanding mens rea in command responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond», en *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 663-664; ROBINSON, «How command responsibility got so complicated: a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution», en *Melbourne Journal International Law*, vol. 13, 2012, pp. 11-12. Contrario en la doctrina a la distinción entre jefes militares y civiles con respecto al distinto estándar subjetivo incorporado *ex novo* en el art. 28 ECPI, VETTER, «Command Responsibility of Non-Military Superiors in International criminal Court (ICC)», en *Yale Journal Of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 95-96, *passim*, 116.

44 MARTÍNEZ. «Understanding mens rea in command responsibility», p. 663; ROBINSON. «How command responsibility got so complicated», pp. 11-12.

militar que ni siquiera advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cuidado⁴⁵, tal y como también ha reconocido la jurisprudencia de la CPI⁴⁶.

En esos casos, lo que se reprocha a los jefes militares es haber desconocido aquello que debían conocer al haber incumplido ciertos deberes de cuidado sobre las operaciones de sus tropas⁴⁷. Para ello, los jefes militares deben, en primer lugar, formar e instruir adecuadamente a la fuerza, y tras ello asegurarse de que el desarrollo de sus operaciones se encuentra dentro del umbral del riesgo permitido, para lo cual es esencial que los jefes militares establezcan sistemas de control, vigilancia e información⁴⁸.

Dichos deberes de cuidado traen causa –como se ha advertido– del potencial lesivo que sus tropas pueden representar cuando entran en contacto con terceros en el desarrollo de un conflicto armado, o en ciertas actividades de índole humanitaria que realizan las Fuerzas Armadas. Atendiendo, por tanto, a la peligrosidad que las operaciones bélicas (estatales o paraestatales) pueden acarrear para ciertos bienes jurídicos, el jefe militar debe organizar las actividades de sus fuerzas de modo que estas no excedan el ámbito del riesgo permitido.

Lo que se reprocha al jefe militar en virtud del art 615.2 bis CP es su falta de control general sobre las tropas, que genera que este desconozca aquello que debía haber conocido y, a consecuencia de ello, no evita aquello que estaba llamado a impedir, siempre que se compruebe que el cumplimiento del deber de cuidado le habría permitido instar la evitación del delito cometido por la tropa. El superior debe así responder por su conducta imprudente que ha tenido como resultado la comisión dolosa de los crímenes de sus subordinados, y, en ese sentido, entre la imprudencia del superior (no ejercer el control adecuado que acarrea desconocimiento) y el resultado lesivo cometido por los subordinados, debe mediar una relación de imputación que permita vincular la infracción del deber de cuidado al delito cometido –dolosamente– por los inferiores.

La incriminación de la responsabilidad del superior por imprudencia es una previsión plenamente justificada habida cuenta del alto peligro que las

45 Por todos, AMBOS, «La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, p. 592; FENRICK, «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», en TRIFFTERER (ed). *Commentary on the Rome Statute*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 517; VAN SLIEDREGT. *The Criminal Responsibility Of Individuals For Violations Of International Humanitarian Law*. The Hague: T.M.C Asser Press 2003, pp. 187-188.

46 CPI, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, paras. 429, 432.

47 Como ha señalado, recientemente, ROBINSON, la responsabilidad por imprudencia del superior refleja una desconsideración hacia la vida y seguridad de las personas que es «moralmente reprehensible, socialmente peligroso, y debidamente punible», ROBINSON, D. «A justification of command responsibility», p. 6.

48 FENRICK. «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», p. 519.

operaciones militares de índole estatal o paraestatal para los bienes jurídicos más importantes de trascendencia internacional⁴⁹. Del art 615 bis CP, y del art 28 ECPI, se derivan deberes de cuidado, cuya infracción deben estar conectados con la comisión ulterior de crímenes internacionales, cometidos de forma dolosa por los inferiores.

De la novedosa técnica legislativa empleada en el art 615. 2 bis CP para la incriminación de la imprudencia, se deduce que, en estos supuestos, procede efectuar una rebaja de pena en uno o dos grados a la señalada para los autores del delito doloso consumado. Con ello, se reconoce implícitamente que la comisión de crímenes internacionales por imprudencia grave es perfectamente imaginable en supuestos de falta del control debido de la tropa por parte del jefe militar. La penalidad de referencia es la señalada para el delito doloso consumado por lo que ello da muestra de una particular técnica legislativa desconocida en nuestro código, pero que, sin embargo, mantiene como referencia la penalidad del crimen internacional doloso. A pesar de la técnica legislativa particular que se ha empleado, ella resulta la más idónea, dado que solo, en supuestos de responsabilidad del superior por omisión, es técnicamente posible y conveniente la incriminación por imprudencia de crímenes internacionales.

4.5.3. *La delimitación del deber de cuidado de los jefes militares*

Como es sabido, cuando en el hecho lesivo aparece la intervención de varias personas, es preciso acudir al denominado «principio de confianza» para delimitar el deber de cuidado. En este caso, dicho deber de cuidado solo resulta en relación con los jefes y autoridades militares. Los jefes militares delegarán en la cadena de mando las distintas operaciones que se vayan a desarrollar y los jefes no tendrán que estar efectuando permanentemente inspecciones y controles sobre sus tropas. En principio, dichos mandos podrán confiar. El principio de confianza establece que, con carácter general, las personas no tienen deberes de cuidado en relación con las conductas de terceros. Sin embargo, con carácter excepcional, este principio queda exceptuado en ocasiones ante la concurrencia de cuatro circunstancias que imposibilitan su apreciación⁵⁰.

49 ROBINSON. «How command responsibility got so complicated», pp. 11-12; GARROCHO SALCEDO, A. M. «Imprudencia y Derecho penal internacional», pp. 11-12. Mantiene dudas acerca que de esta responsabilidad por imprudencia deba solo afectar al personal militar, por ejemplo, FARALDO CABANA, P. «La responsabilidad por mando», p. 185.

50 Cfr., MARAVER GÓMEZ, M. *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 288 y ss., quien señala la existencia de tres excepciones y una matización al principio de confianza. Ellas consisten en los siguientes elementos: 1) La inexistencia de un ámbito de responsabilidad ajeno; ello concurrirá cuando el tercer sujeto sea una persona no responsable (inimputable), incapacitada

En el ámbito de la responsabilidad por omisión de los jefes militares hay dos circunstancias que son, especialmente, importantes, –aunque no las únicas– y que, por ello, serán objeto de mención más detallada en estas líneas.

- I) La primera es que el jefe militar cuente con indicios concretos de que sus fuerzas se van a comportar de forma incorrecta. En esos casos, con independencia de todo, los jefes militares deben ultimar las medidas precautorias y asegurarse de que sus inferiores se comportan correctamente. En atención a la intensidad de los indicios disponibles en cuanto a la información que transmiten, podremos hablar de responsabilidad por omisión de los crímenes dolosa (art 615.1 y 4 bis CP) o imprudente, si se trata de jefes militares o asimilados (art 615.2 bis CP).
- II) La segunda circunstancia especialmente relevante en este ámbito viene representada por aquellas situaciones en las que el sujeto tenga, especialmente encomendada, sobre la base de su posición de garantía, el control y supervisión del comportamiento de sus subordinados, tal y como sucede en la responsabilidad del superior en el art 615.2 bis CP, o en algunos supuestos de coautoría en equipos de trabajo⁵¹. En estos casos, el sujeto mantiene deberes reforzados de cuidado o deberes secundarios con respecto al comportamiento de sus subordinados que son asimismo responsables. En esos supuestos, el jefe o la autoridad militar no puede invocar sin más la aplicación del principio de confianza para delimitar su deber de cuidado, porque precisamente él ha adquirido una competencia sobre el riesgo, que le obliga a velar o supervisar la corrección del comportamiento del subordinado en el desempeño de la gestión del riesgo que este lleva a cabo.

Los deberes secundarios para los jefes militares consisten, en un primer momento, en la adecuada elección y formación de la tropa, cuya infracción genera la llamada «responsabilidad *in eligendo*», y, posteriormente, cuando estos se encuentran realizando operaciones sobre el terreno, en la adecuada supervisión y control de las actividades de las mismas. La infracción de estos

sectorialmente o inmersa en un error invencible. En los casos que aquí interesan será de especial importancia hacer referencia a la problemática de la utilización de los denominados «niños soldado» en los conflictos armados. 2) La concurrencia de una posición de garantía que contemple una relación positiva del sujeto con el riesgo, de la que se derivan deberes de doble aseguramiento del primer sujeto para neutralizar eventuales conductas incorrectas de terceros; 3) La existencia de una posición de garantía por la que se establezca una relación especial del primer sujeto con el tercero, de la que se deducen deberes específicos de selección, información, control o supervisión; 4) La concurrencia de indicios concretos que alerten al primer sujeto de la conducta descuidada del tercero.

51 MARAVER GÓMEZ, M. *El principio de confianza en Derecho penal*, pp. 295-296.

deberes por parte del garante da lugar a la denominada «responsabilidad *in vigilando*», que en el ámbito de la responsabilidad de los jefes militares y asimilados será de extraordinaria importancia⁵².

Con respecto al deber general de control de los jefes militares sobre los comportamientos de la tropa es donde surgen los problemas de *delegación de funciones*, que pueden modular la posición de garante y el deber de cuidado de los jefes militares⁵³.

El jefe militar delegante mantiene con respecto a las conductas delegadas, ciertos deberes de control de las mismas para asegurarse de que las actividades de sus fuerzas se desarrollan dentro del riesgo permitido, como ha reconocido también la jurisprudencia internacional. El hecho de que el máximo jefe militar haya delegado en terceros la supervisión de las tropas en los distintos responsables de cada unidad militar, no le exime de responsabilidad cuando este haya descuidado el seguimiento más o menos asiduo de las actividades de las fuerzas⁵⁴.

Ciertamente, la existencia de una delegación del superior sobre el control y vigilancia de las tropas en terceras personas exonera al superior de estar *constantemente* ejecutando labores de control, pero no le exonera de un deber genérico de conocer, que le obliga a estar al tanto del estado de sus fuerzas en el desarrollo de las operaciones. Para ello, el jefe o autoridad militar, o quien actúe efectivamente como jefe militar, deberá cumplir con su deber general de control y supervisión sobre el estado de sus tropas, a través del cual el jefe militar mantendrá un seguimiento de las operaciones de sus inferiores. Para ello, el superior militar –que ha delegado las funciones de control específico– debe exigir informes periódicos a los delegados para estar al corriente de las operaciones de sus fuerzas, y poder intervenir –en su caso– en el supuesto de que el peligro potencial abstracto amenace con convertirse en lesión al bien jurídico.

La delegación de las funciones de control y supervisión de los distintos jefes militares en otros mandos intermedios o inferiores no elimina, por tanto, los deberes de cuidado del jefe militar delegante, sino que los matiza, disminuyendo su intensidad⁵⁵. Con todo –y a pesar de la delegación realizada–

52 Cfr. Caso Hostages, *Trials of War Criminals before Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI, Washington, 1950, p. 1271.

53 FEIJÓO SÁNCHEZ, B. «Art 615 bis CP», nm. 19784.

54 Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas 2002, pp. 121-123; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *Derecho penal de la empresa*, pp. 184 y ss.; MARAVER GÓMEZ, M. *El principio de confianza en Derecho penal*, p. 296.

55 Cfr., por ejemplo, MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. A propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier 2008, pp. 90-95. Sobre este concreto problema en el ámbito de la construcción, DOPICO GÓMEZ-ALLER. «Del riesgo al resultado Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción», en POZUELO PÉREZ (coord.) *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 1ª ed. Granada: Comares, 2006, pp. 529, distinguiendo entre la supervisión genérica y específica según el garante cuente o no con indicios de irregularidad en el desarrollo de su ámbito competencial y la modulación de la intensidad de estos deberes de cuidado.

el jefe militar mantiene los deberes de información sobre las actividades de la tropa, y de supervisión sobre la delegación efectuada para verificar que esta se cumple, adecuadamente, ajustándose a los márgenes del riesgo permitido. El jefe militar-delegante no puede descargarse de dichos deberes de supervisión y control residuales, pues la competencia de lo que ocurre en el ámbito de organización que dirige, no puede delegarse por completo, sin aseguramientos ulteriores del desempeño efectivo de la tarea delegada de forma correcta.

En cualquier caso, si el jefe militar cumple con esos deberes residuales o secundarios de información y supervisión, no podrá ser responsable de cursos lesivos no evitados, pues este habrá cumplido con el deber de cuidado exigible en las circunstancias, procediendo, en tal caso, la absolución⁵⁶.

No obstante, en el caso de que el superior militar conozca o tenga indicios concretos de la conducta incorrecta de la tropa, el mando militar-delegante retoma sus deberes originarios en toda su extensión, debiéndose asegurar de que sus subordinados cumplen con corrección sus funciones. En caso de que no adopte todas las medidas de evitación a su alcance, el jefe militar responderá por la no evitación *dolosa* de los crímenes de sus fuerzas, al haber contado con un conocimiento de un riesgo concreto, que finalmente consuma una modalidad delictiva prevista en el ECPI, o *imprudente* si el conocimiento de la situación de riesgo era más vaga o imprecisa en relación con el crimen que luego se cometió, pero pervive el reproche jurídico-penal en atención al debido control y vigilancia sobre sus fuerzas que debió accionar.

V. EL DEBER ESPECIAL DEL SUPERIOR A PERSEGUIR LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS *EX POST FACTO*

5.1. Clasificación de la omisión punible

Junto a la omisa evitación dolosa de los superiores (militares y civiles) o también imprudente de los jefes militares, el art 615. 3 y 5 bis CP⁵⁷ castiga la omisa adopción de medidas de persecución de los crímenes de los subordinados por parte de los superiores (civiles o militares), una vez estos ya se han consumado. Esta propuesta normativa proviene de la que se promovió en el seno del Grupo

56 Así lo considera, GARROCHO SALCEDO, A. M. «Imprudencia y Derecho penal internacional», p. 22.

57 Dispone el art 615. 3 y 5 bis CP respectivamente: «3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores. / 5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores».

de Estudios de Política Criminal en 2001⁵⁸. En estos casos, las medidas de persecución que el superior no adopta son, fundamentalmente, la represión, el castigo o la denuncia ante las autoridades, como tradicionalmente lo ha entendido el derecho penal internacional.

Este delito es un delito doloso de *omisión pura de garante o de gravedad intermedia* –en la terminología de Silva Sánchez– que afecta a los jefes militares, asimilados y a los superiores no militares respecto a los hechos de sus inferiores cuando los crímenes ya han sido consumados⁵⁹. La pena prevista en estos casos es la inferior en dos grados a la pena correspondiente por el delito que no se persigue. Nótese que en el caso de tratarse de ciertas modalidades típicas muy graves, como el homicidio o asesinato genocida o de crímenes de lesa humanidad, la pena por este delito de omisión pura de garante será ciertamente elevada, puesto que la del autor del delito base es prisión permanente revisable, pudiendo llegar, por tanto, a ser la pena de prisión de los superiores militares o civiles de 5 años a 10 años menos 1 día⁶⁰.

El delito de omisa persecución de los arts. 615. 3 y 5 bis CP es un delito que solo admite su comisión dolosa, y que consiste en que el superior no adopta las medidas a su alcance para perseguir los crímenes que sus fuerzas o subordinados han cometido. Efectivamente, la imposición de medidas para perseguir los crímenes no se impone a la generalidad, sino exclusivamente a los superiores que conocen los delitos consumados por sus subordinados. En ese sentido, se afirma que es un delito de omisión pura de garante, en el sentido de que quien no ostente la condición de jefe militar –*de iure* o *de facto*– o superior no-militar no podrá ser sancionado por este delito en relación con los delitos de sus inferiores. Se trata, por tanto, de un delito especial.

En este contexto puede ser pertinente traer a colación la discusión jurisprudencial que se planteaba en el Tribunal penal para la antigua Yugoslavia en relación con aquellas situaciones en las que se producen alteraciones en el tiempo en la cadena de mandos⁶¹. Ciertamente, para los casos que nos ocupan

58 Cfr. la propuesta GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de Justicia penal Internacional*, n.º 6, 2001, pp. 51-52, en línea <http://www.gepc.es/web/sites/default/files/ficheros/gepc6.pdf>.

59 A juicio de FARALDO CABANA, se trata de un delito de omisión pura o propia, en el que se sanciona tanto la mera inactividad, como la actividad insuficiente, siempre que en ambos casos se pueda decir que no se han adoptado las medidas a su alcance... donde en ningún caso se imputa el resultado, FARALDO CABANA, P. «La responsabilidad por mando», p. 188.

60 En el § 14 VStGB alemán, se sanciona con pena de prisión hasta 5 años el incumplimiento doloso del deber de investigar (*Untersuchung*) o perseguir (*Verfolgung*) los crímenes ante las autoridades competentes *ex post facto*. A este respecto, debe tenerse en cuenta el delito militar previsto en el art 80 del CPM muy próximo al delito aquí examinado, y que, por tener una pena inferior al previsto en el CP común, quedará desplazado en la práctica cuando se trate de crímenes internacionales en su aplicación por la jurisdicción militar en virtud de lo establecido en el art 1.3 CPM.

61 Véase *in extenso*, GARROCHO SALCEDO, A. M. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*, pp. 113-117.

en relación con el art 615.3 y 5 bis del CP, debe convenirse que todo superior *en el ejercicio de su cargo* que no persiga los delitos de sus fuerzas cuando este conoce que cometieron delitos, debe responder por el delito de omisión pura regulado en el art 615. 3 y 5 bis CP. No es preciso, por tanto, demostrar que el superior estuviese a cargo de esos inferiores o subordinados cuando los hechos se cometieron, pero sí debe exigirse que el superior esté a cargo cuando surge el deber de perseguir los delitos ya consumados.

El deber de perseguir delitos no es un deber alternativo al deber de evitar⁶². Son deberes completamente diferentes que se imponen en momentos distintos de la secuencia delictiva, *ex ante* y *ex post facto*. El superior que adquiere conocimiento de los crímenes una vez estos ya se han consumado y estos no se proyectan en el futuro, solo podrá ser sancionado por un delito de omisión pura conforme al art 615. 3 y 5 bis CP. *A sensu contrario*, si el superior conoció el riesgo de comisión antes de la consumación de los crímenes, lo que procede es que trate de evitarlos, y no que espere a que estos se consuman para después perseguirlos debidamente⁶³. Por tanto, este delito de omisión pura de garante obviamente solo lo pueden cometer aquellos superiores que no incurran en la responsabilidad del superior por omisión de los apartados 1 y 4 del art 615 bis, que responderán con la pena de los ejecutores. Ello es así, puesto que existe una relación de consunción entre la menos grave omisa persecución de la comisión del crimen *ex post facto* y la omisa evitación *ex ante facto*, desplazando esta a la omisa persecución *ex post facto*, cuando se evalúe el deber de actuar de un mismo superior con capacidad inicial de evitar la comisión del crimen de sus subordinados.

Dentro de ese deber de perseguir la comisión de los crímenes, suele distinguirse entre el *deber de reprimir o castigar disciplinariamente* a los subordinados por los crímenes cometidos, y el *deber de denunciar* ante las autoridades competentes (v. gr. ante la policía, órganos judiciales nacionales o la propia CPI) la comisión de los mismos, en caso de que dicha facultad sancionadora no esté al alcance del superior (normalmente se tratará de superiores no militares). En todo caso debe verificarse que el superior contaba con dicha capacidad de actuar en ese sentido, pues si no podía efectuarlo, no podrá responder penalmente en modo alguno.

5.1.1. Bien jurídico protegido

En los casos previstos en el art 615. 3 y 5 bis CP, los delitos de los inferiores ya se han consumado y lo que pretende el legislador es favorecer un escenario

62 Por todos, FARALDO CABANA, P. «Formas de autoría y participación», p. 66; *ibídem*, «La responsabilidad por mando», p. 189.

63 GARCÍA DEL BLANCO, V., «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», p. 220.

de *tolerancia cero* ante la comisión de crímenes internacionales. Ello, por un lado, desde el punto de vista de la prevención especial, previene la comisión de futuros crímenes, y, por otro lado, desde la perspectiva de la prevención general, lanza un mensaje a la sociedad de cumplimiento de la legalidad vigente en el seno de las cadenas jerárquicas, de no tolerancia de crímenes internacionales.

El bien jurídico protegido en este delito de omisión pura es pluriofensivo, y parece situarse, de un lado, en la debida contribución a la Justicia que deben, efectivamente, realizar los superiores en relación con los crímenes de sus subordinados, y, por otro lado, en la prevención de crímenes internacionales por parte de quienes están al frente de grupos jerárquicos, que han cometido crímenes internacionales. En realidad se trata de un delito cualificado contra la Administración Pública (como el art 408 CP), o mejor dicho contra la Administración de Justicia en relación de crímenes de derecho penal internacional. La gravedad de los hechos delictivos cometidos aconseja mantener este delito en la ubicación actual, y al margen de los delitos contra la Administración Pública.

De dicho deber de contribuir a la realización de la justicia y prevenir crímenes internacionales, deriva la necesidad de reprimir y castigar los crímenes por parte de quienes se encuentran al mando de dicha organización, y, por ello, precisamente, se les impone un deber cualificado de persecución. Dentro de las medidas de persecución imaginables, la primordial es la *sanción* de los inferiores, o en caso de no disponer de esa facultad de sanción o represión de las infracciones cometidas, deberá *denunciarse* ante las autoridades para que ellas comiencen una investigación al respecto.

Este delito de omisa persecución dolosa no se encuentra en el art 28 ECPI. Así pues, el art 28 del ECPI exige que los crímenes «se vayan a cometer o se estén cometiendo», y no, por tanto, que estos se hayan cometido. Junto a consideraciones sistemáticas y de política criminal, la dicción literal del art 28 ECPI aclara que, en la responsabilidad del superior, ex art 28 ECPI, el superior responde «por los crímenes» de los inferiores. Ello abona ciertamente la tesis de que el art 28 ECPI es un criterio de imputación por omisión de los crímenes internacionales, y no contiene delitos de omisión pura, de menor gravedad a los delitos sancionados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, lo que no tiene sentido que castigue y enjuicie la Corte Penal Internacional no tiene por qué ser inconveniente por parte de los tribunales penales nacionales. Así pues, lo que pretende el precepto contenido en el art 615.3 y 5 bis CP es reforzar la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales como forma de romper con la tradicional impunidad con la que estos crímenes se han desarrollado desde antiguo.

Por ello, es especialmente importante que las autoridades militares y los superiores civiles españoles tengan en cuenta que la persecución de los crímenes internacionales de sus inferiores es un deber irrenunciable, que en caso de no cumplirse genera responsabilidad penal por un delito de omisión pura de garante, sancionado con la pena inferior en dos grados a la señalada para los delitos cometidos de forma dolosa por sus fuerzas. En otras ocasiones, y satisfechos los elementos de imputación necesarios, el incumplimiento de dicho deber puede incluso derivar en la imputación al superior de los crímenes cometidos por sus subordinados (art 615.1, 2 y 4 bis CP), siempre que se trate de incumplimientos de los deberes de evitar la consumación de los crímenes.

5.1.2. Elemento subjetivo y consumación

El delito previsto de omisión evitación es exclusivamente doloso, y puede cometerse con las tres formas de dolo admitidas por la doctrina y la jurisprudencia.

El superior en estos casos debe contar con indicios que le muestren la comisión de crímenes de derecho penal internacional por parte de sus inferiores. Si el superior valorase erróneamente la realidad, y no creyese que se trata de uno de los crímenes internacionales, sino de un delito común, se produciría un error de tipo vencible que conduciría a la impunidad respecto al art 615. 3 y 5 bis CP pero sería de aplicación entonces el art 408 CP.

La consumación del delito se produce cuando el superior tiene conocimiento de la situación típica que le obligaba a actuar y este, sin embargo, no adopta medidas para perseguir el delito de sus inferiores. En ese sentido, se puede decir que se trata de un delito de mera actividad y no de resultado y de consumación instantánea.

5.1.3. Concursos

El delito previsto en el art 615. 3 y 5 bis del CP puede entrar en concurso de leyes a resolver por especialidad con el delito previsto en el art 408 CP y con el delito de encubrimiento en la modalidad de elusión de la investigación por parte de autoridades o sus agentes previsto en el art 451. 3º a) CP. En ambos casos, dicho concurso de leyes debe resolverse a favor del art 615 bis CP por especialidad, en función de los crímenes internacionales objeto de referencia.

VI. EL DEBER GENERAL DE LOS FUNCIONARIOS Y DE LAS AUTORIDADES DE PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

En último lugar, y de forma subsidiaria a los apartados anteriores, el art 615.6 bis CP⁶⁴ castiga al funcionario o autoridad (24 CP) que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes cometidos contra personas y bienes cometidos con ocasión de un conflicto armado, de los que tenga noticia. La penalidad prevista es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Este delito representa una completa novedad respecto a la legislación internacional, y nacional de otros Estados, que en caso alguno contemplan un precepto similar.

Se trata de un delito de omisión pura, doloso, de mera actividad y de consumación instantánea. En este caso, ya no se está ante un deber cualificado de los superiores militares o civiles respecto al deber de contribuir a la persecución de crímenes de sus fuerzas, sino de cualquier funcionario público español que deja de promover la persecución de estos crímenes –cometidos en España o en el extranjero– cuando estaba obligado a ello. Se trata de un delito especial propio, que solo pueden cometer los funcionarios y autoridades que estén obligados a promover la persecución de delitos. Entre estas personas, y sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse a los jueces y magistrados del orden penal, los miembros del Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tienen encomendadas entre sus funciones las de descubrir y perseguir delitos⁶⁵.

Para interpretar adecuadamente este delito debemos acudir a la regulación del llamado *principio de jurisdicción universal* del art 23.4 LOPJ. Teniendo en cuenta que la configuración típica del deber de perseguir debe atender a la regulación de la LOPJ en esa materia, caben dos escenarios fundamentales.

Si el crimen internacional se ha cometido en el exterior por parte de extranjeros, solo la presencia del presunto autor en España permite abrir una investigación por delitos de DPI (art 23. 4 LOPJ), por lo que la tipicidad de un eventual delito del art 615.6 bis quedaría circunscrito a la vulneración de esa obligación de perseguir ante la presencia de sujeto activo en España. El enjuiciamiento de

64 Art 615.6 bis CP dispone que: «El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

65 En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P., «La responsabilidad por mando», p. 186.

los delitos cometidos fuera de España le corresponde en principio a la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional (art 65.1º e) LOPJ).

A *sensu contrario*, si el crimen se ha cometido en España, o ha sido cometido por un nacional español en el extranjero, fundamentalmente por militares en operaciones bélicas o humanitarias en el exterior, los tribunales españoles serían competentes para ejercer la jurisdicción penal sobre él. En estos escenarios, de misiones en el exterior del Ejército español es donde parece que esta forma de responsabilidad por omisión (art 615 bis CP) puede tener una singular importancia para el enjuiciamiento por parte de los tribunales españoles. Asimismo la responsabilidad del superior puede ser un instrumento valioso cuando se dilucide la responsabilidad de jefes no militares o civiles (ej. ministros o autoridades públicas) que tengan nacionalidad española y que hayan desempeñado un cargo en el exterior con dicha cualificación (recuérdese a este respecto, el Caso de Carlos Vielmann, español y antiguo ministro de Gobernación de Guatemala, enjuiciado y absuelto por asesinato de varios presos por la SAN 5/2017, de 6 de marzo).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. «La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pp. 527-593.
- BOAS, G.; BISCHOFF, J. L.; REID, N. *Forms Of Responsibility In International Criminal Law International Criminal Law*, Practitioner Library Series, Volume I, 1ª ed. New York: Cambridge University Press, et al. 2007.
- DÍAZ MORGADO, C. «Art 615 bis», en CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (dirs.) *Comentarios al Código penal*. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015. Valencia: Tirant lo Blanch 2015, pp. 1801-1803.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006;
- Ibídem. «Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción», en POZUELO PÉREZ, L. (coord.) *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 1ª ed. Granada: Comares 2006, pp. 501-544.
- FARALDO CABANA, P. «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el derecho penal español», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 16, 2005, pp. 29-78.
- Ibídem. «La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 97, 2011, pp. 169-191.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.

- Ibídem. «Responsabilidad penal del superior» en VVAA, *Memento penal Francis Lefebvre*. Madrid: Francis Lefebvre/El Derecho 2017, pp. 2016-2018.
- FENRICK, W. «Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors», en TRIFFTERER (ed). *Commentary on the Rome Statute*. Baden-Baden: Nomos 1999, pp. 515-522.
- GALÁN MUÑOZ, A. «La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma», en *Revista penal*, n.º 16, 2005, pp. 72-87.
- GARCÍA DEL BLANCO, V. «La responsabilidad del superior jerárquico en Derecho penal español», en GIL GIL (Dir.); MACULAN (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson 2013, pp.185-225.
- GARROCHO SALCEDO, A. M. *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi 2016.
- Ibídem. «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», en GIL GIL (Dir.); MACULAN (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 147-184.
- Ibídem. «La responsabilidad del superior por omisión. Capítulo X», en GIL GIL; MACULAN (Drs.) *Derecho penal internacional*. Madrid: Dykinson 2016.
- Ibídem. «Imprudencia y Derecho penal internacional. Algunas consideraciones sobre su previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 1-27.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Actualidad penal*, n.º 41, 2003, pp. 1029-1043.
- KARSTEN, N. «Distinguishing Military and Non-military Superiors. Reflections on the Bemba Case at the ICC», en *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 7, pp. 983-1004;
- Ibídem. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten, Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 28 IStGH-Statut*. Berlín: Duncker & Humblot 2010.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas 2002.
- MARAVER GÓMEZ, M. «Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad», en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas 2005, pp. 627-665.

- Ibídem. *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas 2009.
- MARTÍNEZ, J. S. «Understanding mens rea in command responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond», *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp. 638-664.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona: Atelier 2008.
- PEÑARANDA RAMOS, E. «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto a hechos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex 2006, pp. 411-430.
- Ibídem. «Autoría y participación en el empresa», en SERRANO PIEDECASAS; DEMETRIO CRESPO (Dir.) *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Madrid: Colex 2008, pp. 161-186.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Vol. I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid: Instituto «Francisco de Vitoria» 1955.
- ROBINSON, D. «How command responsibility got so complicated: a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution», en *Melbourne Journal International Law*, vol. 13, 2012, pp. 1-57.
- Ibídem. «A justification of command responsibility» en *Criminal Law Forum*, 2017, pp. 1-43 .
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. «Disposiciones comunes, art 615 bis CP», en QUINTERO OLIVARES (Dir.); MORALES PRATS F., (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6º ed. Cizur Menor: Aranzadi/ Thomson Reuters, 2007, pp. 2191-2193.
- VETTER, G. R. «Command Responsibility of Non-Military Superiors in International criminal Court (ICC)», en *Yale Journal Of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 89-143.
- WEIGEND, § 4 VStGB, en *Münchener Kommentar*, 2ª Auf., Band 6/2 Nebenstrafrecht III, Völkerstrafrecht. München: Beck, 2013.

SERVICIOS DE INTELIGENCIA: DERECHO, SEGURIDAD NACIONAL Y DEFENSA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. INTELIGENCIA Y MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL. II. LOS ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA. III. AUTORIDADES SOBRE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA. IV. COORDINACIÓN DE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA. V. CONTROL EXTERNO DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA. VI. NUEVO MARCO DE SEGURIDAD NACIONAL Y POTENCIACIÓN DE LA INTELIGENCIA COMO FUNCIÓN DE ESTADO. VII. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Sobre la función de inteligencia en el derecho público, se encuentra la *Inteligencia* como parte de las funciones desarrolladas por las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, afectando al ámbito de seguridad y defensa nacional. Aquellos requieren contar con un conocimiento preciso y oportuno alcanzado a partir de la elaboración de la información adecuada que es obtenida por distintos medios. Con éste conocimiento o *producto de inteligencia* se pretende tener una percepción de la realidad, adecuada conciencia situacional y

visión prospectiva para poder desarrollar su proceso de toma de decisiones ejecutivas (incluyendo los niveles estratégico, operacional y táctico).

Técnicamente, la inteligencia es definida como aquella función o proceso que pretende alcanzar un conocimiento preciso –es decir, acorde con la *necesidad de saber* planteada– a partir de la aplicación procedimentada del *Ciclo de Inteligencia* (que se compone de 4 fases, a saber: [1] dirección, [2] obtención, [3] elaboración –subdividida en 4 subfases de evaluación+integración+análisis+interpretación– y [4] difusión), empleando los medios adecuados para el tratamiento de la información previamente obtenida en bruto.

La *inteligencia* se diferencia del *método científico* (que también busca el conocimiento) en que su tiempo de acción está acotado y en que se orienta a asistir a quien toma decisiones dando respuesta a las preguntas que se le plantean. Cuando un órgano del Estado se configura adecuadamente para llevar a cabo esta función conforme a su *lex artis*, entonces propiamente puede denominarse *Servicio de Inteligencia*.

La intrínseca vinculación con la seguridad nacional y la defensa de la función de *inteligencia* se evidencia pues, desde la superioridad de conocimiento se logra una ventaja, de modo que el saber lleva a vencer (*Ex Notitia Victoria*, era el antiguo lema del CESID). Además, la protección de los secretos oficiales requiere especial consideración en el ámbito de las FAS y Fuerzas de Seguridad. Ahora bien, la función de *inteligencia* técnicamente no requiere ni su militarización ni tampoco ser residenciada en órganos administrativos (así, desde el Estado se han subcontratado informes de *inteligencia* a entidades privadas especializadas y, modernamente, se buscan planos de cooperación público-privada (PPP) en *reserva de inteligencia* y en el proyecto SIE que luego se tratará).

Históricamente, el ámbito militar es cuna institucional de los *Servicios de Inteligencia*. Tradicionalmente los únicos órganos de la Administración Pública moderna que se han denominado propiamente *de inteligencia* se han radicado en el ámbito de la defensa. Recuérdese que en el esquema clásico organizativo de todo estado mayor una sección –la Segunda– es Inteligencia.

En España, se cuenta con el temprano precedente de la *Superintendencia General de las Inteligencias Secretas* creada por Felipe II en el siglo XVI. En el siglo XX, es durante la campaña 1936-1939 cuando en las fuerzas contendientes se crean paralelamente el primer *Servicio de Información Militar* (SIM) en 1937 (Ejército republicano) y el *Servicio de Información y Policía Militar* (SIPM) en 1938 (homólogo contendiente).

Es finalidad de la presente reflexión describir el marco jurídico normativo e institucional de los órganos del Estado que son *Servicios de Inteligencia*, en el contexto de las últimas novedades legislativas e institucionales que ubican la

función pública de inteligencia dentro del actual contexto de seguridad nacional que supera su clásica acotación al ámbito de la defensa, la cual se integra plenamente en aquél – aunque es la doctrina militar la que ha construido y desarrollado los conceptos en materia de inteligencia y guerra de información.

I. INTELIGENCIA Y MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

La ciencia jurídica se encuentra ante un doble reto para la regulación de los *Servicios de Inteligencia* sin restarles capacidad operativa y eficacia, enmarcando debidamente su organización, composición, actividad y medios en el estado de derecho, puesto que:

- 1) ha de salvaguardar el principio de secreto sobre seguridad y defensa, al mismo tiempo que,
- 2) debe proteger las garantías constitucionales y velar por el cumplimiento de la ley.

Lo contrario acontece en tantos países que no respetan el estado de derecho, de modo tal que sus *Servicios de Inteligencia* terminan por conformar un «intraestado» desprovisto de cualquier control externo.

Puede afirmarse que España posee una *comunidad de inteligencia* plenamente integrada en el marco jurídico-constitucional de la CE1978.

En cuanto al marco legal constitucional español tras la promulgación de la CE1978, la función de *inteligencia* se reorientó operativamente desde las aplicaciones *ad-intra* y contra-subversivas a una visión *ad-extra* para el fortalecimiento en el ámbito internacional. Conforme al paradigma jurídico garantista del estado social y democrático de derecho, se introduce en el ámbito institucional de la *comunidad de inteligencia* el triple control externo ejecutivo, parlamentario y judicial de los *Servicios de Inteligencia*.

Respecto de los principios constitucionales aplicables, los arts.8, 104 y 30 CE proclaman los principios de seguridad, defensa y orden público, y encomienda su salvaguarda específicamente a las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Seguridad y, en general, a toda la Nación. Sobre estos principios se asienta la función pública de inteligencia y su marco normativo singular.

La inteligencia como función es legalmente definida por el art.4 Ley 11/2002 de 6 de mayo reguladora del CNI (Centro Nacional de Inteligencia), así como por el art. 26 LO 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, siendo considerada como una función pública administrativa del Estado.

El secreto oficial en inteligencia se perfila por su gran valor y sensibilidad de la información manejada. El ámbito orgánico de la inteligencia ha estado sujeto siempre a opacidad informativa y ha contado con especiales medios

humanos y materiales avanzados para desarrollar en secreto sus funciones. La Ley 9/1968 de 5 de abril de Secretos Oficiales establece las limitaciones al principio general de publicidad de actividad de los órganos del Estado, lo cual se aplica a los *Servicios de Inteligencia* –por ello llamados *secretos*– aunque no sólo a estos exclusivamente (i.e. proceso de planeamiento desarrollado por el *Centro Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas*).

La guerra moderna y futura debe ser contemplada por el derecho militar proactivamente, evitando vacíos normativos que repercuten en las FAS produciendo situaciones de bloqueo operativo. Ante el auge de la denominada *guerra híbrida* y los llamados «conflictos de IV generación» perfilados en la doctrina OTAN, se evidencian nuevas formas prácticas de hacer la guerra respecto de las cuales los *Servicios de Inteligencia* son cada vez más protagonistas:

- Las nuevas técnicas de polemología incluyen cada vez más la guerra de información, la guerra económica y operaciones diseñadas y conducidas desde los órganos de inteligencia (i.e. INFOOPS¹ y PSYOPS²).
- Las operaciones encubiertas de inteligencia dificultan la apreciación jurídica del *casus belli* y complican la atribución del acto de guerra (i.e. ciberguerra, decepción, bandera falsa) o aspectos subjetivos del estatuto del combatiente (i.e. guerra asimétrica o mercenaria).

II. LOS ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA

La *Comunidad de Inteligencia* se define como el conjunto de los órganos del Estado que son *Servicios de Inteligencia* conforman la denominada *Comunidad de Inteligencia* nacional y, por su especial funcionalidad y singular carácter institucional, están sujetos a un *status* jurídico-público particular ajustado al principio de secreto que rige su actividad, en virtud del cual:

- Se limita el principio de publicidad del funcionamiento de los órganos del Estado.
- Se restringe el derecho de acceso a la información.
- Para la obtención de la información, cuentan con medios (i.e. tecnología de captación de señales) y métodos (i.e. espionaje) especialísimos y con un marco legal *sui generis*.

1 Acrónimo de *Information Operations* – Operaciones de Información.

2 Acrónimo de *Psychological Operations* – Operaciones Psicológicas.

En España no hay dicotomía orgánica interior/exterior (i.e. como acontece en el caso de los servicios *MI5* y *MI6* –ahora *SIS*– británicos) o de especialización funcional por las fuentes (i.e. en cometidos SIGINT³, como ocurre en la NSA de EE. UU. o el GCHQ británico).

Otros órganos de las Administraciones Públicas procesan información pero no desarrollan propiamente el *ciclo de inteligencia* (i.e. como puede ser el Ministerio de Asuntos Exteriores, o el Banco de España).

Composición:

- *CNI* (*Centro Nacional de Inteligencia*).
- *CIFAS* (*Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas*).
- *SIGC* (*Servicio de Información de la Guardia Civil*).
- *CGICNP* (*Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía*).
- *CITCO* (*Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado*).

El *CNI* (*Centro Nacional de Inteligencia*) es el único *Servicio de Inteligencia* de nivel nacional, siendo los demás –*CIFAS* (*Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas*), *SIGC* (*Servicio de Información de la Guardia Civil*), *CGICNP* (*Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía*) y *CITCO* (*Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado*)– de ámbito departamental

Para la descripción de la *Comunidad de Inteligencia* en España desde la perspectiva del derecho, señalamos a continuación los órganos, adscripción, funcionalidad y principales normas reguladoras.

CNI (Centro Nacional de Inteligencia)

Se incardina en el Ministerio de Presidencia, según DA 2ª RD 1823/2011 de 21 de diciembre que reestructura departamentos ministeriales.

Antes se encuadraba en Ministerio de Defensa. Es sucesor del *CESID* (1977) y del antecesor de este el *SECED* (1972).

Norma base: Ley 11/2002 de 6 de mayo reguladora del *CNI*.

Es su función fundamental desarrollar inteligencia holística interior y exterior, operando según los principios de eficacia, especialización y coordinación (según señala el art.2 Ley 11/2002 del *CNI*).

El secretario de Estado director del *CNI* es también la *ANIC* (autoridad nacional de inteligencia y contrainteligencia) y la *ANS-D* (autoridad nacional de

3 Acrónimo de *Signals Intelligence* – Inteligencia de Señales.

seguridad delegada, responsable de la gestión, coordinación y supervisión para la protección y control de la información clasificada originada por la OTAN.). Son órganos adscritos.

- La *ONS (Oficina Nacional de Seguridad)*, creada en 1983 y regida por el art.4f Ley 11/2002 reguladora del *CNI*, para control de información clasificada nacional e internacional (OTAN, UE). Expide las habilitaciones de seguridad.
- El *CCN (Centro Criptológico Nacional)*, regulado por RD 421/2004 de 12 de mayo, para gestionar la seguridad de transmisiones, TIC y cifra del Estado.

Sobre el estatuto de personal del *CNI*, el RD 240/2013 de 5 de abril establece el *Estatuto de Personal del CNI* (entró en vigor desde 13-7-2013, modificando el antecedente RD 1324/1995 que fue reformado por el RD 327/2004).

Es un estatuto de personal de compleja configuración (a diferencia de *CIFAS*, *SIGC*, *CGICNP* y *CITCO*, cuyo personal son funcionarios del cuerpo destinados en dichos departamentos) y es la norma más completa y detallada de todas las que atañen al *CNI*.

Establece que el personal del *CNI* es un empleado público, en régimen funcionarial (no procede el laboral, aunque hay algunos pocos contratados) puesto que ejercen funciones que implica la participación en potestades públicas y en materia de salvaguarda de intereses generales del Estado (como señala el art.9.2 del *Estatuto Básico del Empleado Público* de 2007, si bien en su art. 4 excluye de su ámbito de aplicación al *CNI*). Aunque la DT 1ª de la LO 9/2011 de 27 de julio de *Derechos y Deberes de los miembros de las FAS* alude al *CNI*, el Estatuto de Personal del *CNI* de 2013 se distancia y aporta soluciones para el personal de procedencia militar regulando sus situaciones administrativas (i.e. en comisión de servicios).

El *CNI* se somete a control externo ejecutivo, parlamentario y judicial - este último se rige por LO 2/2002 de 6 de mayo reguladora del Control Judicial Previo del *CNI*.

CIFAS (Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas)

Su incardinación se encuadra en el Ministerio de Defensa, subordinado al EMAD (Estado Mayor de la Defensa).

La Directiva 20/2000 del JEMAD creó el *Sistema de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (SIFAS)* a partir de la integración de las unidades de inteligencia en los Estados Mayores de los Cuarteles Generales, sustrato del *CIFAS* que está a su cabeza.

El RD 454/2012 de 5 de marzo que fija la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa lo perfila. La reciente Orden Ministerial DEF/1887/2015 de 16 de septiembre que desarrolla la organización básica del Estado Mayor de la Defensa le subordina CIFAS (art. 1).

Como órgano de las FAS, se somete a la LO 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional.

Sus funciones se desarrollaron previamente por la Tercera Sección (Segunda Bis) del Alto Estado Mayor.

Su función esencial es producir inteligencia especializada por razón de la materia y ámbito de defensa, o inteligencia militar.

La Orden DEF/1076/2005 define (apdo.6.4) las responsabilidades, estructura y funciones del CIFAS. El RD 872/2014 de 10 de octubre que establece la organización básica de las FAS y las misiones generales del CIFAS, le confiere a este un carácter único en materia de inteligencia militar en el nivel estratégico. Para la adecuada cooperación inter-agencias dentro de la *Comunidad de Inteligencia*, el CIFAS cuenta con lo dispuesto en el Acuerdo Marco EMAD-CNI. Se somete a control externo, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 LO 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, que preceptúa el control parlamentario de las FAS.

SIGC (Servicio de Información de la Guardia Civil)

Respecto de su incardinación ministerial, se caracteriza por su doble adscripción al Ministerio del Interior y al Ministerio de Defensa, encontrándose subordinado a la DAO GC (Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil)⁴.

Es el nombre clásico de la unidad *Jefatura de Información de la GC*.

En cuanto a sus funciones, en su dimensión policial desarrolla inteligencia criminal y terrorista, pero también le incumbe la materia de inteligencia militar en virtud del RD 1438/2010 de 5 de noviembre sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la GC.

Sus cometidos se señalan en el RD 400/2012 de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

Su espectro funcional dependerá del alcance de su integración de efectivos o unidades de la GC en estructuras militares de las FAS o de una organización internacional (art. 2) según prevé el citado RD 400/2012; en tales casos, entre las actividades que pueden ser desarrolladas en el ámbito militar se incluyen específicamente las de inteligencia y contrainteligencia (art. 3) además de otras (i.e. seguridad, adiestramiento).

4 Dirección Adjunta suprimida en julio de 2017.

Se somete a control externo como Servicio de Inteligencia departamental de la GC, el Instituto al que pertenece se regula según la LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero también conforme a la legislación militar. Así, el art.23 de la LO 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional proclama que la GC es un instituto armado de naturaleza militar, con doble dependencia orgánica [1] del Ministerio de Defensa en sus misiones militares y [2] del Ministerio del Interior respecto de las misiones atribuidas por la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad – los aspectos en blanco de los que esta norma adolece respecto de la operatividad militar de la GC, son completados por el antes mencionado RD 1438/2010 de desarrollo de misiones militares de la GC (aunque las STC 73/2010 y STC 122/2010 erosionaron algunos aspectos disciplinares militares).

CGI-CNP (Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía)

Se incardina en el Ministerio del Interior, subordinado a la *DAO CNP* (Dirección Adjunta Operativa del Cuerpo Nacional de Policía)⁵.

Con relación a sus funciones, corresponden a su carácter estrictamente civil y con una operatividad ceñida al ámbito policial. Sus funciones se señalan en el RD 400/2012 de 17 de febrero por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

Se somete a control externo en tanto que Servicio de Inteligencia departamental del *CNP*, cuerpo al que pertenece, y se regula según lo dispuesto en la LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

CITCO (Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado)

Incardinado en el Ministerio del Interior, con nivel de Subdirección General ministerial.

Se crea como resultado de la fusión de los órganos precedentes *CNCA* (*Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista*) y *CICO* (*Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado*).

Desarrolla funciones centradas en la elaboración de inteligencia estratégica en materia terrorista y criminal, así como también desarrolla procesos de *metainteligencia* o fusión de *inteligencia*, como agencia de coordinación

⁵ Dirección Adjunta suprimida en julio de 2017.

Sus miembros proceden de la *GC* y del *CNP*. Se conforma por el RD 873/2014 de 10 de octubre modificando el RD 400/2012 de 17 de febrero, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

III. AUTORIDADES SOBRE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA

La Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia (ANIC)

Se conforma por el conjunto de facultades atribuidas en el ámbito de la *Comunidad Nacional de Inteligencia* al SE director del *CNI* en virtud de lo dispuesto en la Ley 1/2002 de 6 de mayo reguladora del *CNI*, debido a que el *CNI* es el único *Servicio de Inteligencia* de nivel nacional y no departamental (siendo los demás –*CIFAS*, *SIGC*, *CGICNP* y *CITCO*– de ámbito departamental y especializado). La *ANIC* informa de las actividades de la *Comunidad de Inteligencia* a la *CDGAI* (Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia).

La Autoridad Nacional de Seguridad Delegada (ANS-D)

Se perfila por el conjunto de facultades cuyo objeto es garantizar la protección de la información clasificada nacional y aquella internacional entregada a España por países extranjeros u organizaciones internacionales, mediante la coordinación y supervisión de medidas adecuadas.

La *Autoridad Nacional de Seguridad* fue creada como consecuencia de la adhesión de España a la OTAN (1982), siendo esta figura desempeñada conjuntamente por los ministros de Defensa y de Asuntos Exteriores con la facultad de designar una autoridad delegada (*ANS-D*) en la práctica, siendo –por Orden de la Presidencia del Gobierno de agosto de 1982– atribuida al director del *CESID*, hoy secretario de Estado director del *CNI*.

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia (CDGAI)

Es el órgano que vela por la adecuada coordinación de todos los *Servicios de Inteligencia* del Estado. Fue establecida por el art.6 de la Ley 11/2002 reguladora del *CNI*, y posteriormente modificada por el art.4 del RD 1886/2011 de 30 de diciembre que establece las Comisiones Delegadas del Gobierno, fijando su composición en las siguientes autoridades:

- Vicepresidente del Gobierno-ministro de Presidencia – presidente de la Comisión.
- Ministro de Asuntos Exteriores, ministro de Defensa y ministro de Interior.
- Director del Gabinete de Presidencia del Gobierno y secretario de Estado de Seguridad.
- SE director del CNI – secretario de la Comisión.
- Propone al Presidente del Gobierno la *Directiva de Inteligencia* gubernamental con carácter anual, fijando en ella los objetivos estratégicos del CNI.

IV. COORDINACIÓN DE LA COMUNIDAD DE INTELIGENCIA

Aunque cada órgano de *inteligencia* tiene su ámbito propio, existen planos comunes y sinergias potenciales (así como el riesgo de posibles solapamientos e interferencias). Para optimizar una adecuada interacción y eficiente funcionamiento, se promulgan instrumentos como la *Directiva de Inteligencia* y la *Directiva de Defensa Nacional (DDN)* la cual establece la orientación de impulsar los mecanismos de coordinación de la *Comunidad de Inteligencia* que sirvan a los intereses de la defensa nacional.

- Coordinación sobre la *Comunidad de Inteligencia* en su conjunto: la citada CDGAI es el órgano que vela por la coordinación de todos los *Servicios de Inteligencia* estatales
- Coordinación en el ámbito específico de las FAS: se regula por la Directiva del JEMAD sobre el *Sistema de Inteligencia de las FAS (SIFAS)*. Del JEMAD emana el *Plan de Inteligencia de Defensa* y el *Plan Conjunto de Inteligencia Militar* para establecer los esfuerzos de las FAS en la materia; este último sirve como guía para la cooperación con los organismos que forman parte de la *Comunidad Nacional de Inteligencia* y la *Comunidad Internacional de Inteligencia Militar* (i.e. en contexto OTAN).

V. CONTROL EXTERNO DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA

El control externo es consubstancial al estado de derecho. Un rasgo esencial del marco jurídico-constitucional de la *Comunidad de Inteligencia* en un estado de derecho como es España, es la garantía de su control externo por parte de los poderes públicos, salvaguardando –claro está– el principio del secreto de

Estado y todos los condicionantes de protección orgánica y operativa en aras de hacer efectiva la seguridad nacional.

La referencia al control externo de los *Servicios de Inteligencia* en España alude eminentemente al *CNI*, puesto que las demás agencias que forman parte de la *Comunidad de Inteligencia* (el *CIFAS*, el *SIGC*, el *CGICNP* y el *CITCO*) –al tratarse de órganos funcionales de ámbito departamental– se encuentran controladas desde su propia adscripción orgánica como parte de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los Ministerios de Defensa y del Interior (así, el art. 4 LO 5/2005 de la Defensa Nacional preceptúa el control parlamentario de las FAS, como se ha indicado).

Los tres poderes del Estado ejercen un control externo sobre diferentes aspectos del *CNI* que entran dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Así, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial supervisan su labor como *Servicio de Inteligencia* y garantizan que sea efectiva y favorable a los intereses nacionales cumpliendo con su sometimiento al ordenamiento jurídico.

- Control ejecutivo del *CNI*: se ejerce a través de la *CDGAI* anteriormente descrita (conforme al art. 6 Ley 11/2002 reguladora del *CNI* y el art. 4 del RD 1886/2011 de 30 de diciembre que establece las Comisiones Delegadas del Gobierno modificando el precedente precepto).
- Control parlamentario del *CNI*: el Parlamento aprueba el presupuesto del *CNI* y controla sus gastos; la *Comisión de Control del Congreso para Gastos Reservados* conoce sobre secretos oficiales, recibe el informe anual de actividad y sobre la adecuación de gastos del *CNI* (según el art. 11 Ley 11/2002 reguladora del *CNI*; por su parte, el RD 593/2002 de 28 de junio desarrolla el régimen económico presupuestario del *CNI*).
- Control judicial del *CNI*: se refiere al control de los actos operativos que puedan conculcar los derechos de los ciudadanos, lo cual se lleva a cabo a través del magistrado del TS designado por el *CGPJ* (escogido de entre los miembros de la Sala 2ª de lo Penal o de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) específicamente a tal fin, ejerciendo su labor por un periodo de 5 años. Se rige por la LO 2/2002 de 6 de mayo reguladora del *Control Judicial Previo del CNI*. Ello cumple con el art. 18 CE y el *Convenio Europeo de los Derechos Humanos*.

En este caso, más que un control en sentido estricto, se trata de un régimen de autorización previo de acciones que afecten a derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.2 y 3 CE (i.e. para entrada y registro de un domicilio, intervención de comunicaciones).

- Cualquier solicitud al mismo procede del secretario de Estado director del CNI, sobre la cual el magistrado se pronunciará por auto motivado pero en secreto (sin publicidad ni conocimiento del interesado ni del Ministerio Fiscal).
- Al magistrado del TS que ejerce el control previo no se le rinde cuentas a *posteriori* de la acción operativa.

Respecto de las especificidades jurídicas de este procedimiento de control judicial previo, debe tenerse presente que las misiones del CNI tienen una finalidad distinta a la contemplada en la LECRIM, puesto que las acciones operativas de inteligencia no tienen como propósito directo la investigación del delito ni conducen a la realización de detenciones.

VI. NUEVO MARCO DE SEGURIDAD NACIONAL Y POTENCIACIÓN DE LA INTELIGENCIA COMO FUNCIÓN DE ESTADO

El concepto actual de seguridad nacional es amplio y holístico, que engloba a la defensa, siendo en rigor jurídico la defensa un concepto referido a las FAS, el ámbito militar y el derecho de la guerra.

La Ley 36/2015 de 28 de septiembre de Seguridad Nacional la define (art. 3) como «la 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 de los compromisos asumidos».

Dicha Ley 36/2015 de Seguridad Nacional⁶ otorga un marco normativo completo a este ámbito el cual:

- Establece un completo *Sistema de Seguridad Nacional* (título II), que abarca tres ámbitos: la defensa, la seguridad pública y la acción exterior del Estado.
- Define la *situación de interés para la seguridad nacional* (art. 23) que fija un estadio a nivel estatal en el cual se faculta para intervenir en materia de gestión de crisis y solución de incidencias asociadas, actuando los resortes del sistema. Dicha *situación* no afecta a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, y en su contexto no se ejercen las potestades propias de los estados de alarma y excepción.

⁶ La STC 184/2016, de 3 de noviembre de 2016, relativa al recurso de inconstitucionalidad núm. 7330-2015, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, declara que el art. 24.2 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, es conforme con la Constitución.

- Recomienda la cooperación público-privada (art. 7), la cual se ha de fomentar.

Esta norma se promulga en un contexto de consolidación de una estrategia de Estado. En los últimos 4 años el ordenamiento jurídico español ha experimentado un desarrollo normativo e institucional del marco de seguridad nacional, impulsado por los planteamientos políticos en las dos últimas legislaturas en orden a perfilar una verdadera estrategia de Estado sobre seguridad nacional. Así, tras la primera *Estrategia de Seguridad Española* (de 2011), se promulgó la *Estrategia de Seguridad Nacional* (de 2013), siendo la primera más programática y la segunda más pormenorizada en objetivos y líneas de acción concretas y sistematizadas, para cada uno de los sectores definidos.

La relación entre el ámbito de seguridad nacional y la función de inteligencia es consubstancial. Así, la Ley 36/2015 de Seguridad Nacional relaciona el *Sistema de Seguridad Nacional* con la función de inteligencia, al señalar (art. 19) que a aquél le corresponde «recabar y analizar la información».

Los tres ámbitos de la seguridad nacional –defensa, seguridad pública y acción exterior del Estado– son entornos institucionales coincidentes con los de la *Comunidad de Inteligencia*.

En caso de activación de una *situación de interés para la seguridad nacional* o de operaciones seguidas por el *Centro Nacional de Conducción de Situaciones de Crisis* (CNCSC), se tratará en particular de la especialización por la materia de inteligencia crítica.

El Departamento de Seguridad Nacional (DSN)

La nueva configuración orgánica de la Presidencia del Gobierno potencia la visión holística e integrada de la seguridad junto con la defensa, y ha conformado un nuevo órgano denominado *DSN* cuya labor se encuentra relacionada con la *Comunidad de Inteligencia*.

El *DSN* está regulado por el RD 1119/2012 de 20 de julio que crea el *DSN* y reestructura la Presidencia del Gobierno (modificando el RD 83/2012 de 13 de enero por el que se reconfiguró el organigrama de la Presidencia del Gobierno).

- Estructura: se encuentra bajo la autoridad del director de Gabinete de Presidencia del Gobierno (quien a su vez forma parte de la *CDGAI*). El *DSN* asume el *Centro Nacional de Conducción de Situaciones de Crisis* (CNCSC) como órgano integrado.
- Funciones e inteligencia: por la naturaleza de sus funciones legalmente establecidas, que sintetizamos fundamentalmente en las siguientes:

- Contribuye a la elaboración, implantación y revisión de estrategias, directivas y planes, en materia de seguridad nacional (i.e. cuenta con comités especializados sectoriales como apoyo en ciberseguridad, seguridad energética, etc.).
- Contribuye a realizar propuestas normativas, estudios e informes sobre seguridad nacional (i.e. Estrategias Sectoriales de Seguridad Nacional).
- Controla el *Centro Nacional de Conducción de Situaciones de Crisis (CNCSC)* y apoya los órganos conformadores del *Sistema Nacional de Gestión de Situaciones de Crisis* para estos supuestos.

Puede colegirse que, en la práctica funcional, el DSN realiza *metainteligencia* o fusión de inteligencia (sobre todo de los tipos inteligencia estratégica e inteligencia crítica)

* Cabe señalar que la creación del DSN siguió a la subordinación del CNI al Ministerio de Presidencia (diciembre de 2011), siendo trasladado desde el Ministerio de Defensa.

El proyecto Sistema de Inteligencia Económica (SIE)

Como acontece en otros países miembros de la OTAN (i.e. Francia), la idea de un *Sistema de Inteligencia Económica* consiste en configurar un esquema interorgánico estatal que interactúe en materia de inteligencia económica en apoyo del sector empresarial privado español para incrementar su competitividad global.

A este respecto, surgen cuestiones sobre cooperación público-privada (PPP⁷), puesto que las entidades empresariales pueden contribuir no sólo aportando información, sino con sinergias funcionales si disponen de la función de *inteligencia corporativa* (pues el desarrollo técnico ha puesto al alcance del sector privado medios de procesamiento informativo y la prospección de fuentes abiertas coadyuva en tareas OSINT ante la masiva cantidad de datos de la «sociedad de la información»). Todo esto se relaciona con la seguridad económica y la amenaza de la acción agresiva externa de espionaje económico canalizada por entidades empresariales adversarios (que, además, puede incurrir en el tipo penal contemplado por el 278.1 CP desde 1995 – delito de espionaje industrial o empresarial).

El Consejo de Seguridad Nacional (CSN)

Creado en virtud del RD 385/2013, de 31 de mayo, de modificación del RD 1886/2011 de 30 de diciembre, reestructurando las Comisiones Delegadas del Gobierno.

⁷ Acrónimo de *Public-Private-Partnership* – cooperación público-privada.

Su composición se refiere en el art. 3 de la Ley 36/2015 de Seguridad Nacional – el SE director del CNI forma parte del mismo.

VII. CONCLUSIONES

1. Sobre el marco normativo de la inteligencia en el derecho público.

- La inteligencia como función es legalmente definida por el art.4 Ley 11/2002 de 6 de mayo reguladora del CNI, así como por el art.26 LO 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional, siendo considerada como función pública administrativa del Estado.
- España posee una *Comunidad de Inteligencia* propia de un estado de derecho, que está plenamente integrada en el marco jurídico-constitucional de la CE1978. Por su especial funcionalidad y singular carácter institucional, los *Servicios de Inteligencia* están sujetos a un *status* jurídico-público particular ajustado al principio de secreto que rige su actividad, en aras de salvaguardar la seguridad nacional. Cada uno de los 5 servicios cuenta con regulación acorde con su funcionalidad, plenamente constitucional
- El control sobre los *Servicios de Inteligencia* está articulado normativamente. Los tres poderes del Estado ejercen un control externo sobre diferentes aspectos del CNI que entran dentro de sus respectivos ámbitos de competencia; así, los controles ejecutivo, parlamentario y judicial (previo) supervisan su labor como *Servicio de Inteligencia* y garantizan que sea efectiva y favorable a los intereses nacionales cumpliendo con su sometimiento al ordenamiento jurídico y respetando los derechos de los ciudadanos.

2. Sobre las novedades jurídico-institucionales en seguridad nacional e inteligencia.

- En los últimos 4 años, el ordenamiento jurídico español ha experimentado un desarrollo normativo e institucional del marco de seguridad nacional, impulsado por los planteamientos políticos en las 2 últimas legislaturas en orden a perfilar una verdadera estrategia de seguridad nacional (véanse documentos promulgados en 2011 y en 2013).
- La creación del DSN (2012) en Presidencia del Gobierno potencia la visión estatal holística e integrada de seguridad+defensa, así como las capacidades de fusión de inteligencia y de gestión de crisis.
- La reubicación del CNI en el Ministerio de Presidencia (2011) incide en su condición de *Servicio de Inteligencia* de alcance nacional (no

departamental) aunque mantiene la atención sobre ámbitos del campo de defensa (i.e. tecnología militar y de doble uso).

- La elaboración del nuevo Estatuto de Personal del CNI (2013) desarrolla prolijamente el *status* jurídico-administrativo de sus miembros (quienes en alto porcentaje siguen teniendo procedencia militar), armonizando numerosos aspectos de su especialísimo entorno de trabajo y condiciones de seguridad personal.
- La potenciación del CIFAS como *Servicio de Inteligencia* militar (2014) y único órgano en el Ministerio de Defensa, delimita mejor las competencias funcionales en la *Comunidad de Inteligencia* y le reviste de mayores capacidades en apoyo de misiones militares internacionales.
- La creación del CITCO mediante la fusión del CNCA+CICO (2014), supone una eficiente medida institucional integrando funciones de inteligencia en materia terrorista y criminal, facilitando procesos de *metainteligencia* en este campo.

3. Reflexiones prospectivas de *lege ferenda*.

- Sobre la *Ley de Seguridad Nacional*, para su aplicación práctica se aconseja contemplar elementos en el contexto OTAN, considerando su nuevo Concepto Estratégico 2010 y la moderna doctrina militar denominada *guerra híbrida* (i.e. propicia para afectar la seguridad energética y las infraestructuras críticas). Supone también una oportunidad para resolver cuestiones de interacción en el seno de la *Comunidad de Inteligencia* y contemplar problemas que actualmente no están suficientemente regulados – debemos recordar que la guerra de información y las operaciones de inteligencia de *guerra híbrida* deben ser contempladas por el derecho militar proactivamente, para facilitar la acción operativa (i.e. PSYOPS).
- El proyecto SIE (*Sistema de Inteligencia Económica*) presenta una novedosa problemática jurídica: cuestiones de espionaje industrial, OSINT (inteligencia de fuentes abiertas), apreciación de la culpa *in vigilando* en departamentos de *inteligencia corporativa* respecto de posibles delitos societarios. Plantea *a priori* cuestiones sobre la adecuada articulación de mecanismos de cooperación público-privada (PPP), el derecho de acceso a la información y la libre competencia económica.
- En materia jurídico-premial, refiriendo al CNI (puesto que CIFAS, SIGC y CGICNP tienen sus condecoraciones departamentales propias de las fuerzas y cuerpos a los que pertenecen), se evidencia la ausencia de una condecoración propia específica por servicios meritorios en inteligencia, así como la falta de un procedimiento administrativo concesional

reservado que facilite su otorgamiento salvaguardando la seguridad y secreto del personal.

- En el lenguaje jurídico normativo, en materia de inteligencia se requiere mayor precisión (i.e. con frecuencia se confunden términos de las distintas fases del *Ciclo de Inteligencia*, así como se identifica la inteligencia con uno de los procedimientos de obtención de información clandestina que es el *espionaje*), adecuándolo a la *lex artis*. El *Glosario de Inteligencia* editado por el Ministerio de Defensa (2007) es una guía de referencia idónea para evitar confusión y asimetría terminológica (i.e. en tratados internacionales, derecho comparado y ámbito OTAN).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, Ana, "El secreto de Estado y los Servicios de Inteligencia", Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Nº 38-39 (2002), pp. 133-168.
- ARCOS, Rubén, "Hacia un Sistema Español de Inteligencia para la seguridad económica y la competitividad", *Inteligencia y Seguridad. Revista de análisis y prospectiva*, nº 11 (enero-junio 2012), pp. 103-128.
- ARCOS, Rubén y ANTON, Joan, "Reservas de inteligencia: hacia una comunidad ampliada de inteligencia", en *Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, nº 8 (junio-noviembre 2010), pp. 16-17.
- Centro Nacional de Inteligencia (Equipo de Inteligencia Económica), "Aproximación a la inteligencia competitiva", *Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, nº 9 (diciembre 2010 - mayo 2011), pp. 19-40.
- ESTEBAN NAVARRO, Miguel Ángel (Coord.), *Glosario de Inteligencia*, Ministerio de Defensa, Madrid 2007".
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, y LARRIBA HINOJAR, Beatriz, *Inteligencia económica y competitiva*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MIRET MILLÁS, Vicente, "El Centro Nacional de Inteligencia: una aproximación a su régimen jurídico", *Foro, Nueva Época* (nº 2/2005), pp.249-295.
- NAVARRO BONILLA, Diego (Coord.), *Estudios sobre inteligencia: fundamentos para la seguridad internacional*, Cuaderno de Estrategia nº 127, IEEE-CNI, Madrid, 2004.
- PÉREZ VILLALOBOS, Mª Concepción, "El control de los Servicios de Inteligencia en los Estados democráticos" en: *Actas del I Congreso Nacional de Inteligencia: La inteligencia como disciplina científica*, ed. Plaza y Valdes, Madrid 2008. pp. 409-430.

- RÍO SOLÁ, Luís Ángel del, "La privatización de la Inteligencia. La colaboración con expertos externos en el análisis de Inteligencia" en Actas del Primer Congreso Nacional de Inteligencia, Madrid 22-24 de octubre de 2008, pp. 259-278.
- SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, "La articulación de la Comunidad de Inteligencia española: realidad y perspectivas de futuro", Boletín de Información del CESEDEN, nº 297 (2006).
- VV.AA., La inteligencia económica en un mundo globalizado, Cuaderno de Estrategia nº 162 IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013.

LOS SECRETOS OFICIALES PARTICULARIDADES EN EL ÁMBITO MILITAR

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN
DE LAS MATERIAS CLASIFICADAS. III.
PARTICULARIDADES EN EL ÁMBITO MILITAR. IV.
TRATADOS INTERNACIONALES. V. SEGURIDAD
INDUSTRIAL EN LAS FUERZAS ARMADAS.**

I. INTRODUCCIÓN

El sentido del secreto estriba en que se puede y se debe excluir de su conocimiento a los que no estén autorizados para conocer. El secreto lleva consigo la guarda o custodia del conocimiento adquirido, para no transferirlo nunca de forma indebida.

Dicha exclusión viene establecida en la ley basándose en una causa suficiente, que en nuestra legislación viene referida, en cuanto al secreto de Estado, a la necesidad de proteger la existencia misma del Estado, su seguridad y defensa.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la reserva sobre ciertos asuntos se impone creando unos vínculos jurídicos y originando unas consecuencias. Tal situación supone una colisión con

determinados derechos, como el de libertad de expresión e información, o el de defensa en el proceso (las partes pueden no disponer de todos los elementos de prueba que precisen para mantener sus posiciones). Si a ello unimos la sensación de que en algunos casos el cauce del secreto puede ser utilizado abusivamente no nos ha de extrañar que se discuta la licitud de la existencia de cuestiones que deban permanecer secretas.

Como es bien sabido, la publicidad en el ejercicio del poder público, en tanto que presupuesto del control efectivo del mismo, constituye un principio esencial en toda democracia. Resulta, sin embargo, maniqueo inferir de semejante afirmación que el secreto, antítesis de la publicidad, represente, como se ha dicho «el más fuerte escudo de la tiranía» (C. Beccaria), atribuyéndosele, en consecuencia, un talante incompatible con la democracia.

La legitimidad democrática del secreto de Estado, como instrumento idóneo para tutelar un interés público con fundamento constitucional parece incuestionable. En efecto, teleológicamente ordenado a la salvaguardia de un valor supremo, cual es la conservación del Estado, y jurídicamente previsto, el secreto no atenta contra el llamado «gobierno del poder público en público» (N. Bobbio), sino que constituye, sin más, una excepción a la regla de la publicidad, lo que no justifica, por otra parte, que deba quedar exento de control. Esta justificación encuentra fundamento en preceptos constitucionales. El secreto oficial o de Estado tiene su base en el artículo 105.b) de la Constitución, que limita el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos y, por ello, el principio de publicidad en la actuación de las Administraciones Públicas, en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Tal restricción encuentra su justificación en las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución y en la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, su seguridad y defensa frente a cualquier tipo de amenaza o agresión. Ha de reseñarse que el artículo 10.2 de la Constitución remite, para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la misma reconoce, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España. En dichos tratados se contempla la posibilidad de limitación, por ley, del ejercicio de los derechos de las personas y el disfrute de sus libertades con el fin de asegurar el bienestar general de una sociedad democrática (por ejemplo, artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Sin embargo, no es posible entender el problema de los límites de la publicidad y del secreto, formulando sólo principios generales. La ponderación de los intereses públicos y privados, que aquí operan, exige que la enunciación de los grandes principios vaya contrastada por su aplicación a cada caso. Ese análisis

descubre que, incluso allí donde la publicidad debe ser absoluta, el secreto la precede. Así, por ejemplo, el interés público exige la publicidad de las normas, como principio esencial del estado de derecho, garantizado por la Constitución (artículo 9.3), pero exige, también, que el *Boletín Oficial* guarde reserva sobre los originales de esas normas hasta el momento de su publicación, en este sentido el artículo 23.1 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del *Boletín Oficial del Estado*, dispone que «los originales recibidos para publicación en el *Boletín Oficial del Estado* tendrán carácter reservado y no podrá facilitarse información acerca de ellos».

II. REGULACIÓN DE LAS MATERIAS CLASIFICADAS

La regulación de los secretos oficiales se encuentra esencialmente en la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/78, de 7 de octubre y desarrollada por Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento.

Dada la fecha de la promulgación de la Ley de Secretos Oficiales, una cuestión capital que se planteaba, y que fue objeto de distintas interpretaciones, es la constitucionalidad de la misma.

En primer lugar se ha de señalar que la Ley modificativa de 1978 se tramitó de forma paralela a la Constitución y por ello promovió unas reformas significativas. Además y con independencia de otras consideraciones baste traer aquí la argumentación de las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, en relación con los famosos «papeles del CESID», en las que dicho Tribunal confirma, sin género de dudas, tal constitucionalidad basándose en la coexistencia en la Constitución del derecho a la tutela judicial efectiva y el control de la Administración, con otros valores como son las exigencias de eficacia de la acción administrativa o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como estado de derecho.

Contenido formal y material de la Ley

La Ley comienza proclamando el principio de publicidad. El artículo 1 de la Ley de Secretos Oficiales señala que los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, «salvo en los casos en que por la naturaleza de la materia sea esta expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley».

Del mismo modo, la Ley establece (artículo 14) que la calificación de secreto o reservado, no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones y notificaciones directas a los interesados.

A los efectos de la Ley pueden 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.

Las diferentes materias podrán calificarse en las categorías de «secreto» y «reservado», en atención al grado de protección que requieran.

La calificación (según el artículo 4) corresponde, exclusivamente, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor; facultad que no puede ser transferida, ni delegada.

Lo más importante de la regulación es la consagración de que tal declaración se efectúa mediante un acto formal, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 10 de la Ley y en el 11 del Reglamento de desarrollo de la Ley. Este principio fue avalado, en cuanto a la desclasificación, por las ya citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, que señalaron que el hecho de que los documentos controvertidos hubieran sido objeto de difusión por la prensa y otros medios «no ha alterado formalmente su naturaleza jurídica de declarados legalmente secretos».

El artículo 8 de la Ley establece que las calificaciones de secreto y reservado hechas con arreglo a los términos de la Ley y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación, determinarán, entre otros, los siguientes efectos:

«Solamente podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que, en cada caso, se determinen.

- La prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las materias clasificadas.
- El personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las materias clasificadas».

Y el artículo 13, establece que estas materias no podrán ser comunicadas, difundidas, ni publicadas, ni utilizado su contenido fuera de los límites establecidos por la ley. El incumplimiento de esta limitación será sancionado, si procediere, conforme a las leyes penales y por vía disciplinaria, en su caso. Ahora bien, no cabe concluir tan sencillamente que la atribución, por el órgano competente, de la condición de secreta a una determinada materia significa su blindaje absoluto a cualquier fiscalización. Al contrario, la propia Ley de Secretos Oficiales (artículo 10: la declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado), considera obligada la

accesibilidad para otro poder del Estado, justamente el que expresamente la tiene encomendada constitucionalmente, así el artículo 66.2 CE, establece que las Cortes Generales controlan la acción del Gobierno, y en el mismo sentido los artículos 108 y siguientes de la Constitución.

Por otro lado, el marco normativo de los secretos oficiales no contempla de modo explícito, ni la procedencia, ni la exclusión de su control judicial. Ahora bien, ha de reseñarse que en la reforma operada en 1978 se suprimió lo dispuesto por el antiguo artículo 10.2 que establecía «no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley». Por ello, si atendemos a los antecedentes legislativos, y los casos citados, parece obvio el control judicial. En el apartado quinto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, se autoriza, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 8 de la Ley (sólo podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello), a cada uno de los ministros para que designen las personas que, en el ámbito de su departamento respectivo, hayan de tener acceso a la documentación e información clasificada.

La disposición final de la Ley de Secretos Oficiales establece que en Reglamento Único, de aplicación general a toda la Administración del Estado y a las Fuerzas Armadas, se regularán los procedimientos y medidas necesarios para la aplicación de la Ley y protección de las materias clasificadas.

III. PARTICULARIDADES EN EL ÁMBITO MILITAR

La disposición adicional del Reglamento para aplicación de la Ley de Secretos Oficiales, aprobado por Decreto 242/1969, establece la posibilidad de elaborar normas específicas de régimen interior, teniendo en cuenta las especiales características de todo orden que concurren en el normal desenvolvimiento de la función de las Fuerzas Armadas, para el mejor cumplimiento de la alta misión que les está encomendada y sin perjuicio de lo dispuesto con carácter general en dicho Decreto.

Por otro lado, el artículo 11.E) del citado Reglamento establece que a la «información de defensa suministrada a España por países extranjeros u organismos internacionales se le ha de asignar una clasificación que asegure un grado de protección equivalente o mayor que el impuesto por quien suministró la información», lo que determina el establecimiento de otros grados de clasificación, distintos a los previstos en la Ley, aunque solo a efectos de régimen interior.

En el mismo sentido, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, señala que las informaciones, asuntos y materias clasificadas por tratados

o acuerdos internacionales válidamente celebrados por España e incorporados a su ordenamiento interno, así como por organizaciones internacionales aliadas o por potencias aliadas, que confieran igual grado de protección a los que son objeto de clasificación por parte española, recibirán una clasificación que asegure un grado de protección equivalente al de la información original.

De conformidad con lo señalado en dicho Decreto se dictó la Orden Ministerial Comunicada 1/82, de 25 de enero y posteriormente la Orden 76/2006, de 19 de mayo. En la misma se diferencia entre «materias clasificadas» que serán exclusivamente las que, de acuerdo con la Ley, se clasifican de secreto y reservado, y «materias objeto de reserva interna» estableciéndose unos grados de clasificación denominados confidencial y difusión limitada para proteger estas materias objeto de reserva interna.

De acuerdo con lo dispuesto en la citada Orden Ministerial, son materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo reconocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. Son materias objeto de reserva interna los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda afectar a la seguridad del Ministerio de Defensa, amenazar sus intereses o dificultar el cumplimiento de su misión.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES

España ha suscrito en materia de protección de información clasificada diferentes acuerdos bilaterales con los Estados Unidos, Países Bajos, Noruega, Suecia, Italia, Israel, Francia, Grecia, Corea, Alemania, Austria, etc. El objeto de dichos acuerdos es garantizar la seguridad de las informaciones clasificadas, en un marco de relaciones de colaboración y cooperación de las que se deriva el necesario intercambio de documentos y material que es preciso asegurar mediante una adecuada protección.

La inspección y control de la efectividad de las medidas de protección de la información clasificada corresponde no sólo a las autoridades competentes del país receptor, sino también a las del país emisor de la información, pues éste puede inspeccionar y comprobar, en el territorio de la otra nación, la puesta en práctica y efectividad de las medidas de protección acordadas.

Igualmente, se han de tener en cuenta los acuerdos con organizaciones internacionales, como la OTAN, Unión Europea Occidental y Unión Europea.

Información clasificada OTAN

Con objeto de garantizar la protección equivalente de la información clasificada en todos los países miembros de la OTAN, esta organización elaboró unas

normas, que establecen los principios básicos de seguridad, los procedimientos de protección de la información e instalaciones, las medidas de protección a adoptar en los mandos y organizaciones de la OTAN y la seguridad industrial en el ámbito de los países miembros.

Al producirse la adhesión de España al Tratado, nuestro país se comprometió al cumplimiento de las citadas medidas y a elaborar las normas nacionales que lo hicieran posible.

En primer lugar, la documentación procedente de la OTAN debe protegerse de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley de Secretos Oficiales y normas de desarrollo.

También se contempla el establecimiento de un Registro Central que es el principal órgano de control de la documentación OTAN y varios subregistros, así como puntos de control, constituyendo estos las unidades elementales del sistema de protección, con dependencia de un subregistro.

Por otro lado, una de las normas básicas es que cada país miembro debe designar una Autoridad Nacional de Seguridad, responsable de la seguridad de la información clasificada OTAN.

La Autoridad Nacional de Seguridad es quien otorga la «habilitación de seguridad OTAN», por la que se reconoce formalmente la capacidad de una determinada persona para tener acceso a informaciones clasificadas OTAN. Dicha habilitación certifica, respecto de la persona habilitada, que por las condiciones personales que reúne pueden confiársele sin riesgo informaciones clasificadas y que está instruida en materia de seguridad y conoce sus posibles responsabilidades.

Ahora bien, para acceder a la información clasificada no solamente es preciso poseer la habilitación de seguridad correspondiente, sino también es requisito imprescindible «la necesidad de conocer», es decir, el acceso a informaciones clasificadas ha de limitarse a aquellas personas cuyo trabajo lo exige; por ello el empleo, el cargo o la posesión de la habilitación no son argumentos que por sí solos justifiquen el acceso a informaciones clasificadas.

Unión Europea Occidental (disuelta con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 30/06/2011)

En relación con la documentación procedente de dicha organización internacional, el 28 de marzo de 1995 se firmó un Acuerdo de Seguridad, que fue ratificado por España en instrumento publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de marzo de 1997. Dicho Acuerdo establece la protección y salvaguardia de la información y el material clasificado de las demás partes, debiendo mantenerse la clasificación de seguridad establecida por cualquiera de ellas.

Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea existen disposiciones que regulan el acceso del público a los documentos de las distintas instituciones, así como la protección del material y documentación cuya divulgación pudiera perjudicar los intereses de la defensa de uno o varios Estados.

En dichas normas se establece que sólo estarán autorizados a acceder a la información clasificada los que por razón de sus funciones y por necesidades del servicio deban tener conocimiento de ella o tratarla; únicamente se expedirá la autorización a las personas que hayan sido objeto de una investigación de seguridad realizada por las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros, debiendo el interesado cumplimentar una ficha individual de información.

La Autoridad Nacional de Seguridad

Por el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de junio de 1982, fue creada la Autoridad Nacional de Seguridad de la información clasificada originada por las partes del Tratado Atlántico Norte y su Organización, en el que se estableció que fuera ejercida conjuntamente por los ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa.

Del mismo modo, teniendo en cuenta las normas de seguridad de otras organizaciones, como la Unión Europea o la Agencia Espacial Europea, mediante Acuerdos del Consejo de Ministros, se crearon las Autoridades Nacionales de Seguridad para la seguridad de la información clasificada de dichas organizaciones, ejercida conjuntamente, al igual que las anteriores, por los ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Defensa.

Al mismo tiempo, a propuesta conjunta de dichos ministros se designó la Autoridad Delegada para la Seguridad (para el desarrollo y puesta en práctica de los cometidos asignados) que recae en el secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia (antes en el director del CESID).

En el año 2009, a propuesta conjunta de los ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Defensa, mediante la Orden PRE/2130/2009, de 31 de julio, se designa Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada originada por las partes del Tratado OTAN, por la Unión Europea y por la Unión Europea Occidental, al secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia.

Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de mayo de 2012 se modificaron los anteriores Acuerdos para eliminar la necesidad de que la Autoridad Delegada perteneciese al Ministerio de Defensa, dado el cambio de adscripción del CNI, del Ministerio de Defensa al Ministerio de la Presidencia. Del mismo modo se

estableció que las Autoridades Nacionales creadas en los referidos Acuerdos, serán ejercidas conjuntamente por los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa y de la Presidencia.

V. SEGURIDAD INDUSTRIAL EN LAS FUERZAS ARMADAS

Introducción

La seguridad industrial, es una idea no muy bien precisada, aunque de forma práctica podría decirse que la protección de las informaciones de carácter militar en manos de empresas, así como la protección de los elementos en curso de fabricación, o ya fabricados, en poder de tales empresas, exige la imposición de obligaciones a las mismas y a sus empleados, para evitar el espionaje o la divulgación a personas no autorizadas, lo que las pondría en riesgo; comporta, asimismo, la posibilidad de imponerlas de manera coactiva, mediante un adecuado sistema de sanciones.

Ideas generales

Se puede conceptuar la seguridad industrial como el resultado de las actuaciones para salvaguardar las informaciones y los medios destinados a la defensa mientras se encuentran en manos de entidades u organismos no oficiales.

La seguridad industrial es la condición que se alcanza cuando se aplican las medidas y procedimientos necesarios para acceder, manejar o generar información clasificada durante la ejecución de un contrato, proyecto o programa clasificado.

El establecimiento de unos sistemas de protección adecuados y racionales, y lo que es más importante su puesta en práctica con rigor y eficacia, puede ocasionar un beneficioso efecto creando hábitos de seguridad en el mundo de la industria, no sólo con respecto a la información que se refiere a la defensa nacional sino también en el tratamiento de sus propios procedimientos de fabricación o secretos industriales que el empresario es el primer interesado en proteger.

Ahora bien, es indudable que ello exige la aceptación de una serie de contrapartidas y limitaciones, como puede ser, en primer lugar, el coste de la seguridad, pues la proyección e instalación de elementos y equipos de seguridad suele ser bastante costosa; a ello ha de añadirse la selección, formación y utilización de personal competente. En segundo lugar supone limitaciones en ciertos derechos, limitaciones que vendrían derivadas de

los riesgos que habrían de prevenirse en tales supuestos; suele ser práctica habitual que las medidas de seguridad que hayan de adoptarse se extiendan no solo a las personas que tengan acceso directo a la información clasificada, sino también acceso a las dependencias donde tal información o material se encuentre depositado. Por otro lado, también son necesarias medidas encaminadas a detectar, con carácter preventivo las vulnerabilidades o riesgos para la seguridad de tales personas.

Parece claro que cuando está o puede estar cuestionada la seguridad estatal en el desarrollo de una relación contractual, la Administración tenga amplias facultades para elegir la empresa o entidad que ha de verificar y realizar el objeto contractual, así como imponer, vía contractual, ciertas contrapartidas en aras de garantizar los intereses del Estado. Ya vimos que en la propia Constitución se reconoce y protege el secreto o conocimiento restringido de todo aquello que pueda afectar a la seguridad del Estado u otros altos intereses nacionales integrados en la defensa del Estado. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1992, vino a declarar que la Ley de Secretos Oficiales y la Ley de Contratos del Estado (en lo que es de aplicación a la seguridad industrial), no son sino aplicaciones concretas del principio fundamental constitucional garantizador de la seguridad del Estado.

Se trata, por tanto, de instituir un sistema de seguridad consistente en la imposición de una serie de obligaciones al contratista por vía contractual; esto es, del establecimiento de una facultad de exigir el secreto de la información y material clasificados, a través de la firma de lo que se denomina «compromiso de seguridad».

La complejidad de estos pactos es grande, pues la seguridad debe alcanzar a todos los elementos intervinientes: documentación, material, personas, maquinaria, instalaciones, etc. El problema es que la situación en que se encuentran las dos partes que suscriben el pacto es muy distinta; por parte del Ministerio de Defensa existen unas obligaciones mínimas que casi se reducen a asesorar al contratista sobre las instalaciones y medidas de seguridad que ha de tomar y su comprobación, así como a instruir al personal de la empresa sobre los eventuales riesgos y designar un inspector militar que colabore en la elaboración del plan de seguridad.

Por el contrario el contratista asume unas responsabilidades grandes que se traducen en un gran número de compromisos, así existen obligaciones respecto de las personas, respecto a la información y material, respecto a las instalaciones, las visitas, las relaciones con subcontratistas, respecto de la documentación y material clasificado, los empleados y respecto de las zonas controladas. Su simple relación sin ni siquiera entrar en el contenido de las mismas nos da idea de que nos encontramos en presencia de cuestiones que

exceden de una relación puramente contractual, teniendo más relación con la seguridad y defensa nacionales.

Distribución competencial

La Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada (ANPIC) es la figura responsable en España de la protección de la información clasificada, recayendo esta responsabilidad (en virtud de lo señalado en la Ley 11/2002, Acuerdos de Consejo de Ministros y Ordenes por las que se designa a la Autoridad Nacional de Seguridad y su Autoridad Delegada) en el secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia. La Oficina Nacional de Seguridad (ONS) es el órgano de trabajo de la Autoridad Nacional.

Área de seguridad de la información clasificada en el ámbito industrial: dentro de cada departamento ministerial es el organismo de protección específico, responsable del seguimiento y control de la información clasificada que se deba entregar o esté en poder de la industria, así como de comunicar a la misma la política de seguridad industrial y de proporcionar dirección y apoyo en su aplicación. De dicho organismo de protección específico dependerán los órganos de control para la protección de la información clasificada por él establecidos en las empresas. Deberá constituirse cuando por un departamento ministerial se lleve a cabo actividades, contratos, programas o proyectos clasificados.

En el Ministerio de Defensa

El director de la Seguridad de la Información en el Ministerio de Defensa, cargo que recae en el secretario de Estado de Defensa (SEDEF), dirigirá la seguridad de la información y velará por el cumplimiento de la política de seguridad de la información en el Departamento, conforme a lo establecido en el artículo segundo de la Orden Ministerial 76/2006.

El director general de Armamento y Material, como responsable del Área de Seguridad de la Información en poder de las empresas, para el desempeño de sus cometidos contará con un órgano de trabajo perteneciente a la estructura orgánica de la Dirección General de Armamento y Material.

Disposiciones específicas

De acuerdo con las premisas expuestas, con base en la ya citada disposición adicional del Reglamento que desarrolla la Ley de Secretos Oficiales, y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y seguridad, se aprobó la Orden DEF2524/2012, de 8 de noviembre,

por la que se adecúan las normas y medidas de seguridad de la información del Ministerio de Defensa en poder de las empresas, que deroga las anteriores disposiciones.

Esta Orden establece que la seguridad de la información del Ministerio de Defensa en poder de las empresas se regirá por lo establecido en el artículo 21 y la disposición adicional quinta de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad y por lo dispuesto en el apartado séptimo 5 de la Política de la Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa, aprobada por Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo, que establece los principios generales de la seguridad de la información del Ministerio de Defensa.

La Ley 24/2011, en su disposición adicional quinta, establece que, para los contratos públicos que supongan el uso de información clasificada o requieran el acceso a la misma, deberá tenerse en cuenta lo establecido en las disposiciones reglamentarias que dicte la Autoridad Nacional de Seguridad para la seguridad de la información clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea y por la Unión Europea Occidental. El órgano de contratación deberá exigir a la empresa estar en posesión de las correspondientes habilitaciones en materia de seguridad de empresa o de establecimiento, o equivalentes, de acuerdo con el grado de clasificación de la información.

Estas habilitaciones son la habilitación de seguridad de empresa (HSEM) y, si además han de almacenar información clasificada en sus instalaciones, la habilitación de seguridad de establecimiento (HSES).

Además, señala que la Secretaría de Estado de Defensa procederá al desarrollo de las normas de la «seguridad de la información en poder de las empresas», adecuadas a la Ley 24/2011, de 1 de agosto y a la Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo.

Así, la Instrucción 52/2013, de 17 de junio, del secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las normas para la Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa en poder de las empresas se refiere a las medidas adoptadas en el Departamento y las dirigidas a las empresas y aplicables a ellas, como consecuencia de su participación en programas, proyectos o contratos del Ministerio de Defensa, para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información del Ministerio.

Para alcanzar dicho objetivo se establecen unas directrices comunes en materia de seguridad de la información en poder de las empresas y la estructura funcional necesaria para su dirección, ejecución y control.

Afectan a todo el Departamento y son de aplicación a todas las empresas que manejen o puedan manejar información del Ministerio de Defensa.

Toda empresa que tenga necesidad de acceder a información clasificada del MINISDEF como consecuencia de su participación en programas, proyectos o contratos con el citado Ministerio, debe firmar un compromiso de seguridad, que es el documento que obliga al contratista a proteger la información clasificada que genere o maneje en razón de la ejecución de una actividad, contrato o programa clasificado, conforme a los requisitos exigidos por la normativa de protección de la información clasificada en vigor, así como a recibir inspecciones periódicas y a devolver la información clasificada que le ha sido entregada.

Además, deberá tener concedida una habilitación de seguridad de empresa (HSEM), así como establecidos y autorizada la apertura de los órganos de control correspondientes.

Toda empresa que teniendo concedida una HSEM tenga necesidad de almacenar en sus instalaciones información clasificada del MINISDEF, como consecuencia de su participación en programas, proyectos o contratos del citado Ministerio, deberá tener concedida una habilitación de seguridad de establecimiento (HSES), de grado igual o superior al de dicha información.

La HSEM (habilitación de seguridad de empresa) es el reconocimiento formal de la capacidad y fiabilidad de un contratista para generar y acceder a información clasificada hasta un determinado grado, sin que pueda manejarla o almacenarla en sus propias instalaciones.

La HSES (habilitación de seguridad de establecimiento) es el reconocimiento formal de la capacidad y fiabilidad de un contratista poseedor de una HSEM para manejar y almacenar información clasificada hasta un determinado grado en aquellas de sus propias instalaciones habilitadas al efecto.

Al igual que la HSEM es única por empresa, un mismo contratista podrá obtener más de una HSES si dispone de varias instalaciones independientes en las que se maneje información clasificada.

Tanto la HSEM como la HSES deberán ser solicitadas ante la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada.

Las empresas que tengan concedida la HSEM y la HSES, que vayan a manejar información clasificada en sus instalaciones, deberán establecer los órganos de control de información clasificada necesarios y elaborar un plan de protección que refleje las medidas de seguridad para la protección de la información del Ministerio de Defensa, que incluirá las zonas de acceso restringido (ZAR).

Para obtener la HSEM, el contratista deberá reunir las siguientes condiciones generales:

- Tener plena capacidad de obrar.
- Acreditar solvencia económica, financiera y técnica o profesional.
- Ser fiable desde el punto de vista de la seguridad.

- Tener establecido un Servicio de Protección de Información Clasificada.
- Que los propietarios, administradores, los miembros del consejo de administración y cualquier otra persona que pueda conocer, participar o estar presente en las deliberaciones del órgano ejecutivo del contratista, estén en posesión de HPS correspondiente al grado asignado al contratista. A criterio de la Autoridad Nacional, la HPS de las personas antes mencionadas podrá ser sustituida por un acta notarial de renuncia al conocimiento de información clasificada.
- Haber firmado el correspondiente compromiso de seguridad.

El personal de las empresas con HSEM que vaya a acceder a información clasificada de grado CONFIDENCIAL o superior, deberá tener concedida y en vigor la correspondiente habilitación personal de seguridad (HPS). Para el acceso a información de grado DIFUSION LIMITADA no será necesario disponer de la mencionada habilitación pero sí tener «necesidad de conocer» y haber sido formado previamente.

El contratista, tras la firma del compromiso de seguridad y como requisitos para la concesión de la HSEM se compromete, entre otras circunstancias, a:

- Aplicar las medidas de seguridad exigidas.
- Proponer a la ANPIC, un jefe de seguridad del servicio de protección.
- Informar a la ANPIC sobre cualquier cambio socio-jurídico y especialmente los cambios de tipo societario, de capital social, de objeto social, domicilio, delegaciones y sucursales, accionistas, consejo de administración o administradores, personal directivo y terminación del negocio.
- Solicitar a la ANPIC:
 - Las HPS de los empleados que deban manejar información clasificada.
 - Las HSES para las instalaciones que así lo requieran.
 - La apertura de los órganos de control y sus correspondientes zonas de acceso restringido (ZAR) necesarias para el manejo de información clasificada del tipo y grado adecuados.
- Mantener actualizada la lista de empleados con HPS en vigor.
- Informar a la ANPIC de cualquier modificación en los datos aportados para la obtención de la HSEM, la HSES, la HPS de sus empleados.
- Denegar el acceso a la información clasificada a cualquier persona que no esté expresamente autorizada, no esté debidamente habilitada o no tenga «necesidad de conocer».
- Informar inmediatamente a la ONS, de cualquier incidencia que pueda derivar en comprometimiento de la información clasificada.
- No hacer publicidad de la formalización del compromiso de seguridad ni de las HPS, HSEM o HSES.

- Colaborar en las investigaciones que se realicen para esclarecer posibles comprometimientos de la información clasificada en poder del contratista.
- Colaborar en las inspecciones periódicas de la HSEM por parte de la ONS.

El cumplimiento de estas obligaciones no exime al contratista de observar cuantos requisitos de seguridad le sean impuestos en las cláusulas o instrucciones de seguridad de los contratos o programas clasificados.

La vulneración de cualquiera de las responsabilidades por parte del contratista podrá suponer la cancelación, temporal o definitiva, de la HSEM, de la HSES o el cierre temporal o definitivo de los órganos de control establecidos.

Las Instrucciones de Seguridad del Programa son una compilación de las diversas normas y procedimientos de seguridad necesarios para su aplicación de forma homogénea en un determinado programa o proyecto. Dichas instrucciones quedarán incorporadas al programa o proyecto y serán objeto de revisión durante las diferentes fases del mismo.

Las cláusulas de seguridad se basarán en la normativa nacional de protección de información clasificada existente o, en el caso de contratos internacionales, en el acuerdo bilateral o multilateral que le sea de aplicación, así como en los acuerdos de implementación firmados al amparo de éstos.

La Resolución 320/14546/2013, de 23 de septiembre, del director general de Armamento y Material, por la que se aprueban los procedimientos para la implementación de la Instrucción 52/2013, de 17 de junio, del secretario de Estado de Defensa, establece los procedimientos relativos a la obtención de las distintas habilitaciones, así como los demás recogidos en la Instrucción citada.

La Resolución Comunicada 01/2015, de 22 de abril, del director general de Armamento y Material, establece, en el ámbito de la Secretaría de Estado de Defensa, el procedimiento para la tramitación y entrega a las empresas de la documentación contractual clasificada como consecuencia de su participación en los programas, proyectos y contratos clasificados.

Por su lado, las Normas de Protección en Contratos regulan la protección física del objeto del contrato.

El contratista, que haya firmado un contrato con el Ministerio de Defensa, asume la obligación de proteger los bienes o servicios objeto del contrato que el Ministerio de Defensa haya declarado como objetivos con su correspondiente grado de protección. Se denominan objetivos los bienes contractuales objeto del contrato así como, en su caso, las instalaciones y los medios específicos de investigación, de desarrollo, y de producción, que el Ministerio de Defensa haya señalado expresamente con la asignación de un grado de protección.

La Orden Ministerial 81/2001, (BOD número 84, de 30/04/01) aprueba dichas Normas y su cumplimiento es un requisito que se incluye en los vigentes pliegos

de cláusulas administrativas particulares y en los pliegos tipo aprobados por Orden Ministerial 29/2013, de 8 de mayo, por la que se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares en el ámbito del Ministerio de Defensa. Así, en los pliegos consta una cláusula de seguridad que, entre otras circunstancias referidas a la obligatoriedad para las empresas de estar en posesión de las correspondientes habilitaciones de seguridad, señala que: «para poder participar en cualquier contrato clasificado, el contratista deberá atenerse al marco normativo establecido en las Normas de la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada». Del mismo modo, señala que en el contrato será de aplicación la Política de Seguridad de la Información establecida por el Ministerio de Defensa (Orden 76/2006), con su correspondiente marco normativo, en este caso, la Orden Ministerial número 81/2001.

Las medidas de protección serán aplicadas tanto en las sedes del contratista donde se ubiquen los bienes contractuales objeto del contrato en su fase de desarrollo, fabricación o almacenaje, como en el transporte de los mismos, desde la adjudicación del contrato hasta su recepción y entrega de conformidad».

El artículo 22 de la Ley 24/2011, señala que el órgano de contratación especificará en la documentación del contrato sus exigencias en materia de seguridad del suministro.

El contratista deberá presentar un plan de protección de los objetivos debiendo nombrar un representante ante el Ministerio de Defensa para la aplicación de los procedimientos de seguridad. Del mismo modo, el contratista asume que el Ministerio de Defensa compruebe la adecuada puesta en práctica de los procedimientos de seguridad.

Ambos compromisos son requisito previo a cualquier proceso de contratación en el que hayan de adoptarse medidas de protección, y el empresario ha de comprometerse a la protección del material y de las informaciones clasificadas que se le proporcionen.

La habilitación de seguridad

La habilitación personal de seguridad (HPS) constituye el reconocimiento formal de la fiabilidad de una persona para tener acceso a información clasificada, en el ámbito o ámbitos y grado máximo autorizado, que se indiquen expresamente, al haber superado el oportuno proceso de acreditación de seguridad y haber sido adecuadamente concienciado en el compromiso de reserva que adquiere y en las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento.

La HPS no es un derecho del interesado, sino un reconocimiento de las condiciones de seguridad presentes en una persona y su entorno. Supone, por

tanto, la expresión explícita de la confianza del Estado en dicho individuo para su acceso a información clasificada.

Una persona solo podrá ser autorizada a acceder a la información clasificada de grado «CONFIDENCIAL o equivalente» o superior, cuando se cumplan conjuntamente los siguientes requisitos:

- Le ha sido concedida una habilitación personal de seguridad adecuada.
- Se ha verificado su «necesidad de conocer».
- Ha recibido la instrucción de seguridad preceptiva.

El proceso de tramitación de una solicitud de HPS se basa en una investigación sobre las condiciones de seguridad del interesado y de su entorno, es decir, en la realización de un análisis de los riesgos presentes.

La investigación será más exhaustiva en función del grado de información clasificada al que se necesite acceder. Para ello el interesado debe aportar al expediente de solicitud los datos iniciales para su realización. Durante el transcurso de la investigación se le podrán solicitar los datos adicionales que se estimen necesarios para determinar el riesgo.

Durante la vigencia de la HPS el interesado estará sometido a un proceso de evaluación continua de las condiciones de seguridad, por lo que la investigación podrá retomarse en cualquier momento.

Las investigaciones se basarán en los datos disponibles del interesado en las bases de datos, expedientes de su organismo o entidad de procedencia, en las investigaciones internas y en las entrevistas que se puedan realizar.

Además el interesado ha de rellenar un cuestionario en el que declara que lo expuesto por él es verdad en cuanto sabe y conoce, tras haber recabado, de forma razonable, la información solicitada de los afectados y que conoce, y autoriza, que va a ser sometido a un proceso de investigación sobre los datos aportados y sobre su persona.

En concreto manifiesta: «Conozco que los datos por mí aportados puedan ser, si ello fuere preciso, investigados por la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada, con los medios y órganos que la legislación vigente pone a su alcance.

Asimismo, presto mi consentimiento expreso para que estos mismos órganos puedan recabar física o electrónicamente cualquier dato o documento que, sobre mi persona, obre en poder de las administraciones públicas, con las restricciones que la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados imponga».

La investigación previa del interesado y su entorno debe abarcar un periodo de tiempo mínimo, inmediato al de solicitud de la HPS, sobre el cual realizar los

chequeos de seguridad, periodo que vendrá marcado por el grado de HPS que se solicita.

Estos periodos de tiempo mínimo son:

- Cinco (5) últimos años, o desde que cumplió los 18 años hasta la fecha (el que sea inferior), para HPS solicitada de grado «CONFIDENCIAL o equivalente».
- Diez (10) últimos años, o desde que cumplió los 18 años hasta la fecha (el que sea inferior), para HPS solicitada de grado «RESERVADO o equivalente» y superior.

La investigación de seguridad de un interesado supone un análisis de riesgos realizado sobre la persona y su entorno, donde el objetivo es identificar y valorar las vulnerabilidades que presenta y las amenazas a las que pueda estar sometido, con la finalidad de determinar que el grado de riesgo que se asume al habilitarlo resulta aceptable.

Los criterios de valoración también serán de aplicación para las personas más cercanas del entorno del interesado y se tendrán en cuenta a la hora de considerar su idoneidad. Entre otros son:

- La participación, conspiración, ayuda o inducción a la comisión de actos de sabotaje, espionaje, terrorismo, traición o sedición.
- La colaboración o relación, de forma interesada o inconsciente, con un servicio de inteligencia o gobierno extranjero que pueda constituir una amenaza para la seguridad de España, de la OTAN, de la Unión Europea o de sus Estados miembros o de otros aliados del Reino de España. Quedan excluidas las relaciones autorizadas de carácter oficial.
- La asociación, adscripción, afinidad ideológica, amistad o complicidad con organizaciones, grupos o personas que utilicen medios violentos o ilícitos para subvertir el orden constitucional de España o de sus aliados.
- La falta de acatamiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico de España o de la Unión Europea.
- La falta de colaboración o el intento de engaño en la investigación de seguridad.
- Falsear, ocultar, mentir, o no aportar la información o los datos requeridos.
- La existencia de deudas con la Administración tributaria o la Seguridad Social de España o de otros Estados miembros de la Unión Europea, derivadas de engaño o fraude.
- La existencia de dificultades financieras graves.
- La existencia de ingresos patrimoniales injustificados.
- El consumo reiterado de drogas ilegales o el consumo abusivo de drogas lícitas.

- El acceso no autorizado a sistemas informáticos o de telecomunicaciones, tanto en su vida profesional como en la privada, vulnerando las medidas de seguridad y la normativa de utilización de estos.
- La existencia de informes médicos que evidencien que el interesado padece una psicopatología con afectación al juicio de realidad o a la responsabilidad de sus actos.
- La existencia de evidencias de grado inasumible de estulticia que pueda derivar en una vulnerabilidad personal.

Cualquier otra circunstancia que específicamente no esté contemplada en los criterios anteriores y que pueda suponer una vulnerabilidad.

En este sentido, se harán las investigaciones necesarias para determinar si una persona, su cónyuge o pareja, familiares cercanos (hasta primer y segundo grado por consanguinidad o afinidad), o personas vinculadas cercanas, se encuentran tipificados dentro de alguna de las situaciones de riesgo, o existen indicios razonables de que puedan estarlo.

Dicha habilitación es un aspecto esencialmente sensible puesto que el procedimiento establecido para obtener la habilitación personal de seguridad requiere cumplimentar un cuestionario personal, que incluye preguntas relativas a familiares, lugares de trabajo, empleos anteriores, países extranjeros visitados, parejas estables anteriores, residencias anteriores de la pareja, dificultades económicas, enfermedades, etc., así como la autorización para investigar.

La cuestión estriba en que inquirir datos de tal naturaleza puede ser considerado por algunos como una intromisión en la esfera de la intimidad personal, por lo tanto, rechazable.

Ahora bien, para garantizar la salvaguarda de la seguridad industrial que forma parte de la seguridad del Estado, uno de los instrumentos necesarios es la selección del personal trabajador, para lo que es necesario someterlo a un cuestionario de preguntas que permitan desvelar su carácter y personalidad, a los estrictos fines de prevenir la mejor salvaguarda de la seguridad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1992, señaló que un elemento de valoración a tener en cuenta en la selección de personal, es la respuesta que se dé a las preguntas, aunque ha de entenderse que tales respuestas han de ser valoradas única y exclusivamente a los preventivos fines de la debida salvaguarda de la seguridad del Estado, no existiendo ninguna vulneración de los derechos de libertad ideológica o de la intimidad personal, siempre que se guarde la debida proporcionalidad entre la afectación del derecho fundamental y la garantía constitucional de la seguridad del Estado.

«La única cuestión esencial, se centra en cohonestar las exigencias de la seguridad del Estado con la formulación de diversas preguntas integradoras de la prueba de selección, que en ningún caso puede implicar ningún gravamen o perjuicio en la promoción profesional del trabajador, al ir exclusivamente dirigida a la finalidad de preservar tal seguridad.

Es claro que en ningún caso, ninguna pregunta o “item” puede suponer la vulneración del núcleo o contenido esencial de ninguno de los derechos fundamentales proclamados como tales en nuestra Constitución. Sin embargo, sí pueden suponer una no esencial limitación o atenuación de tales derechos, esos criterios selectivos, siempre que exista una adecuada relación de proporcionalidad entre la restricción del derecho fundamental y el fin constitucional de seguridad del Estado».

La determinación de los asuntos que han de quedar reservados en la esfera de su intimidad corresponde a la persona misma. En este sentido, ha de señalarse que la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, aunque parte del principio de que los derechos de la personalidad son irrenunciables, estima razonable admitir que la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento.

Tales derechos no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad esta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran.

El Tribunal Constitucional en sentencia 73/1982, señala que el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, y la eventual limitación del derecho es constitucionalmente legítima siempre que se encuentre suficientemente justificada en la tutela de otros intereses por la Norma Fundamental y no exija sacrificios de aquél que resulten desproporcionados a la finalidad perseguida. Por su parte, la sentencia TC de 15 de noviembre de 2004, señala que constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario,

según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga, cuando menos, una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 79/2009, de 23 de marzo, y de 24 de septiembre de 2014 señalan que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

Así, y en relación con determinadas preguntas que figuraban en el formulario MSI02 del antiguo Manual de Seguridad Industrial, la sentencia del TS de 14/11/1992 declaró que «la relación de los lugares de residencia desde la mayoría de edad, los países extranjeros visitados, o el nombre y apellidos de los padres, cónyuge, hijos y hermanos mayores de edad, no afectan sustancialmente al derecho fundamental reconocido en los artículos 18 y 19 CE, porque tales preguntas y respuestas no vulneran el derecho a elegir la residencia y a circular por el territorio nacional, o entrar y salir de él, ni la intimidad personal y familiar, que solo muy levemente puede verse afectada por expresar los nombres y apellidos de sus familiares, que sin embargo está en lógica relación *ad hoc* con la finalidad perseguida». Igualmente señala que «identificar a cinco personas que puedan dar referencias del interrogado e indicar si ha tenido relaciones con gobiernos extranjeros, en absoluto vulnera ningún derecho fundamental y es perfectamente adecuada a los fines perseguidos».

Por el contrario, la prerreferida sentencia consideró que sí implicaban una vulneración especial de derechos fundamentales las preguntas que se referían a declarar sobre la pertenencia a agrupaciones o asociaciones políticas, sindicales, religiosas o culturales, puesto que ello presupone de hecho una concreta ideología, religión o creencia; del mismo modo se pronunció sobre las preguntas relativas a las sanciones impuestas por autoridades civiles o militares, al considerar que ello puede implicar un ataque al honor o intimidad personal grave y directo y al derecho a la presunción de inocencia y a no confesarse culpable.

En todo caso resulta necesario advertir que siempre subsiste el derecho a investigar cuando pueda existir un riesgo a la seguridad, eso sí siempre que no sean utilizados procedimientos intrusivos de investigación.

