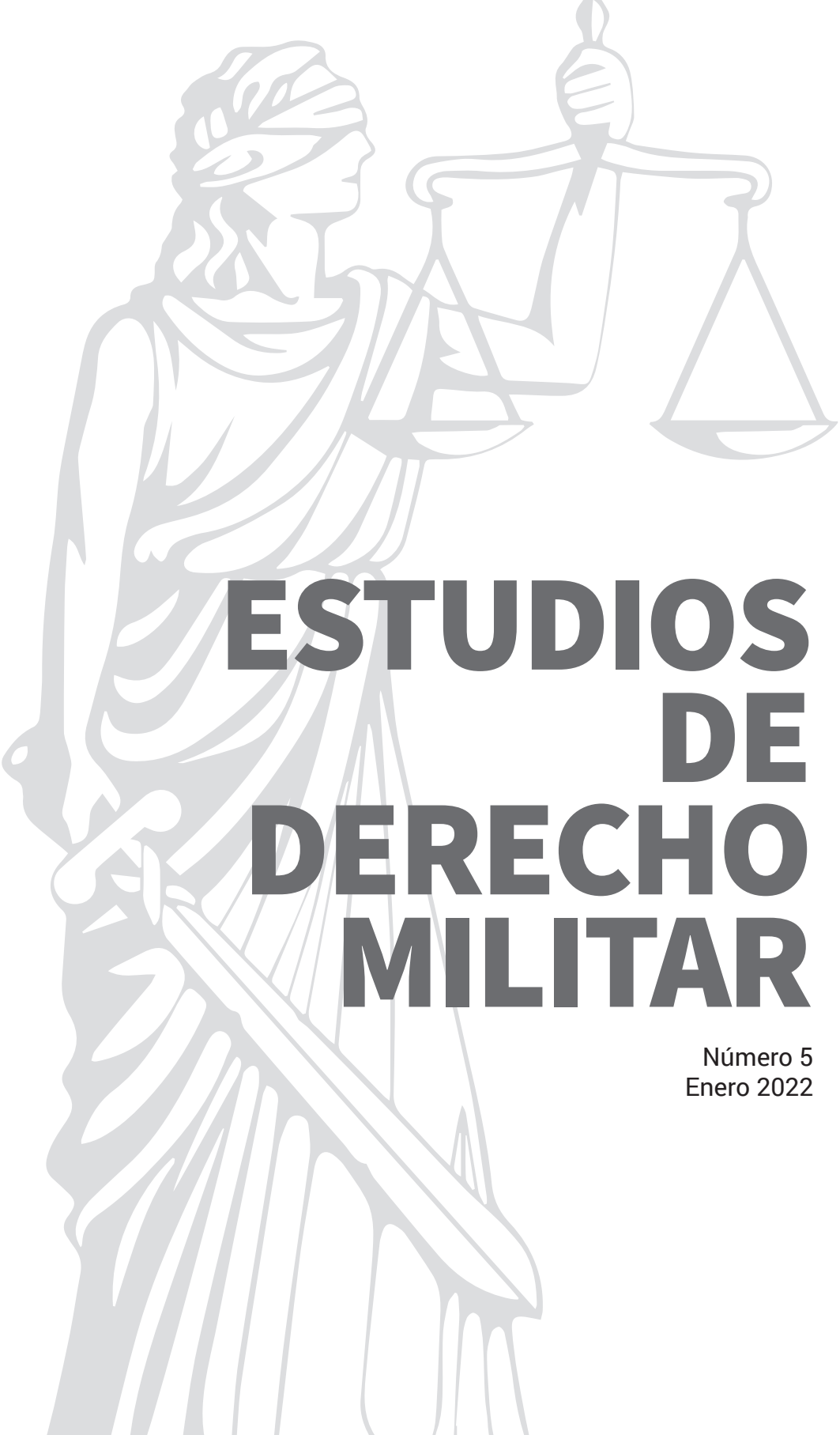
ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR

5

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE ESPAÑA

MINISTERIO DE DEFENSA



ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR

Número 5
Enero 2022

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

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

publicaciones.defensa.gob.es

cpage.mpr.gob.es

Edita:

MINISTERIO DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA

SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

Paseo de la Castellana 109, 28046 Madrid

© Autores y editor, 2023

NIPO 083-16-399-X (edición en papel)
ISSN 2531-2316 (edición impresa)

NIPO 083-16-400-2 (edición en línea)
ISSN 2531-2324 (edición en línea)

Depósito legal M 33563-2016
Fecha de edición: marzo de 2024
Maqueta e imprime: Ministerio de Defensa

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

En esta edición se ha utilizado papel procedente de bosques gestionados de forma sostenible y fuentes controladas.

ÍNDICE

Los valores y la importancia del liderazgo estratégico 9
Almirante Fernando García Sánchez (R)

1. Situación global. Escenario internacional 9
2. Del escenario a los valores 12
3. De los valores al liderazgo estratégico 20
4. A modo de conclusión 23

Bibliografía 24

Excepción y derecho: balance y perspectivas de reforma 25
Alfonso Cuenca Miranda

1. Quisiera que mis primeras palabras fueran, como resulta obligado, de agradecimiento a la Real Academia de Jurisprudencia... 25
2. Llegado es el momento de hacer balance... 29
3. Si bien nuestro derecho de excepción... 37
4. Las propuestas acabadas de exponer y cualquier otra reforma de nuestro derecho de excepción, han de ser abordados... 44

Bibliografía 46

Sistemas autónomos de armas letales. Problemática jurídica y posición española 49
Alicia Gil Gil. Catedrática de Derecho penal (UNED)

1. ¿Qué son los Sistemas Autónomos de Armas (SAA) y los Sistemas Autónomos de Armas Letales (SAAL)? 49

   1.1. Definición 49

1.2. La inteligencia: procesos de *machine learning* 51
2. Más allá de la ciencia ficción 51
3. Ventajas y desventajas de los SAA 52
4. Las tareas de regulación internacional 53
5. La posición española 55
6. Requisitos para la legalidad de un SAA 57
6.1. Primer requisito técnico: predictibilidad, trazabilidad, responsabilidad: una IA explicativa 57
6.2. Requisito del control humano significativo (MHC) 58
7. Responsabilidad penal por un uso indebido de los SAA 59
7.1. ¿Es el uso de los SAAL ya delictivo? 59
7.2. El castigo por los resultados lesivos producidos en un uso incorrecto de los SAAL 61
7.3. Posición personal 62
8. Conclusiones y reconducción de la posición española al análisis realizado 62
Bibliografía 63

Un auditor frente al emperador. Dinamarca, 1808 67
Juan Pozo Vilches. General consejero togado, fiscal togado
Bibliografía 82

El jurídico, un soldado de futuro 85
Rafael Sánchez-Barriga Marín. Coronel del E. T. D.
Introducción 85
1. La aparición y desarrollo del ***lawfare*** 87
1.1. Una primera aproximación 87
1.2. El ámbito híbrido 89
2. El escenario internacional 90
2.1. Los primeros indicadores 90
2.2. Rusia y China 92
2.3. El tablero europeo 96
2.4. La crisis en Ucrania 99
2.5. Presente del ***lawfare*** en la OTAN y en la UE 102
3. La herramienta: conformación inicial 106
3.1. La perspectiva nacional 106

3.2. Antecedentes del Cuerpo Jurídico Militar español 109
3.3. Situación actual 110
3.4. Evolución en el objeto y cometidos del cuerpo 112
3.5. Primeros cambios 113
4. Conclusiones y recomendaciones 114
Bibliografía 117

La guerra de Ucrania: fracaso de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado 121
Gonzalo de la Haba de los Ríos. Capitán auditor (Cuerpo Jurídico Militar)
Introducción 121
1. La Convención de La Haya de 1954 sobre protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado 123
1.1. Breve referencia al protocolo adicional I de 1954 124
1.2. Breve referencia al protocolo adicional II de 1999 124
2. Ámbito material de aplicación: los bienes culturales protegidos 126
3. Ámbito temporal de aplicación 128
4. Protección general y especial 129
5. Inmunidad 135
6. La identificación de los bienes culturales 137
7. Protección reforzada 137
8. Otras obligaciones de los Estados 139
9. Régimen sancionador internacional y nacional 140
10. Conclusiones 142
Bibliografía 144

LOS VALORES Y LA IMPORTANCIA DEL LIDERAZGO ESTRATÉGICO

La sociedad se sustenta en sus valores que condicionan y definen la estructura social y el valor del individuo dentro de ella.

La libertad, la justicia, la igualdad, el humanismo, la democracia… son valores que no nacen espontáneamente, sino que han sido fruto de un proceso evolutivo que es necesario cuidar y alimentar para que perviva.

Este cuidado e impulso de los valores como una referencia constante en nuestro camino hacia el futuro debe estar dirigido por líderes estratégicos que sean capaces de ver más allá del horizonte y basado en un esfuerzo constante y decidido de educación y formación de los ciudadanos.

1. Situación global. Escenario internacional

Si observamos nuestro entorno, podemos identificar un proceso de cambio rápido, acelerado, donde la tecnología, emergente y disruptiva, avanza y condiciona las relaciones sociales y el desarrollo en todos los niveles, junto con una globalización económica, financiera, de desafíos, de riesgos y

amenazas que recomienda acciones integradas en complejas alianzas, de difícil ejecución y, en ocasiones, de complicada asunción por determinadas sociedades o sectores sociales.

Una globalización reestructurada en el último lustro, con ajustes que favorecen la autonomía estratégica, que evitan la dependencia, diversifican y priorizan los proveedores y los socios estratégicos, además de asegurar el multilateralismo y el equilibrio en el cumplimiento de la legalidad internacional. En resumen, una globalización que podríamos bautizarla como «reglobalización».

En este escenario global existe una intensa competición hegemónica entre las grandes potencias para conseguir liderar y transformar el mundo según sus propios valores e intereses.

Una lucha hegemónica donde el dominio territorial pierde prioridad y gana importancia la obtención del control económico, el liderazgo tecnológico y como última consecuencia el control de la voluntad y de la conciencia individual. Podemos identificar un ejemplo de este proceso en las «acciones para influir» de China en África.

Esta competición hegemónica no es lineal y en ocasiones, es incomprensible. En determinadas áreas da lugar al más duro enfrentamiento, mientras que en otras coexisten entre los mismos actores la contemporización, la mera coerción o incluso el pacto y la alianza, de forma simultánea al enfrentamiento.

Los dos actores hegemónicos que hoy marchan en cabeza, Estados Unidos (EE. UU.) y China, colaboran en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, negocian la difusión y la explotación tecnológica, asumen relaciones tasadas en el terreno financiero, comercial y económico y se enfrentan en temas relacionados con la soberanía nacional (Taiwán, Ucrania…) o con la priorización de los valores.

China se basa en un sistema político autoritario de partido único («dictocracia») que impulsa el control social y pone en riesgo y coarta las libertades individuales a través de su sistema de crédito social basado en la gestión de las grandes bases de datos (*big data*) sociales y la aplicación de algoritmos de evaluación utilizando la inteligencia artificial para imponer un modelo de vida a sus ciudadanos. Por otro lado, los EE. UU. defiende el valor del individuo, su libertad y su responsabilidad individual, pero con el riesgo de la manipulación de los individuos y de la erosión de sus valores utilizando similares herramientas, *big data*, algoritmos e inteligencia artificial generativa, para crear narrativas falsas y tensiones sociales de difícil control.

Como dijo Gordon Brown, «no es una batalla comercial, es algo más grande: la lucha por el dominio tecnológico futuro y por el poder económico global». Añadiría, una lucha por imponer los valores y dirigir la «reglobalización».

La Unión Europea (UE), Rusia, India con intención de liderar el sur global, Turquía, Irán, Australia, Japón, Corea del Norte… intentan mejorar posiciones en su particular lucha hegemónica y por mor de la «reglobalización» y de sus efectos transversales influyen en la competición hegemónica general.

Si siempre han sido necesarios los líderes estratégicos, este escenario refuerza esta necesidad y la importancia de la agilidad y capacidad de «gestión del caos y de las expectativas» con que deben contar estos líderes ante la incertidumbre que presentan situaciones o problema irresolubles. En estas situaciones, las ayudas al proceso de decisión basadas en análisis de grandes bases de datos, algoritmos e inteligencia artificial generativa suponen una gran ayuda y un tremendo riesgo.

La inteligencia artificial generativa se convierte en la primera herramienta creada por el hombre que puede tomar o recomendar decisiones, generar nuevos conceptos ideológicos y establecer escalas de valores.

El entorno estratégico global, en rápida y continua evolución, desaconseja la pasividad, la «táctica del avestruz», el «mirar para otro lado» o el «ver y esperar», como se ha demostrado en la gestión de las crisis económicas. La pandemia de la COVID-19, donde se empezó con una preparación logística de carácter virtual, una organización teórica y retórica y en los efectos negativos derivados de la «reacción prudente» o pasividad de Occidente ante la acción de Rusia en Crimea en 2014, que dieron confianza a Rusia para repetir el asalto a la legalidad internacional en 2022.

En este entorno quebradizo, la cohesión de las alianzas fundamentada en valores e intereses se convierte en algo de capital importancia. Últimamente, se repite con frecuencia que la Alianza Atlántica o la Unión Europea son algo más que alianzas político-militares o económicas y que representan una comunidad de naciones que defienden un catálogo de valores determinados que podíamos calificar como los valores «occidentales».

La «reglobalización» y la utilización de nuevas tecnologías innovadoras y disruptivas, como la inteligencia artificial, asegura ventajas, pero también presentan riesgos.

Concretamente, la inteligencia artificial puede acaparar la capacidad narrativa global, hacerse con la palabra, controlar y manejar el mensaje y establecer la definición de los valores a defender y sus prioridades, el primer versículo del Evangelio de Juan. «En el principio era el Verbo, y el Verbo era con Dios, y el Verbo era Dios» (Juan 1, 1).

Hemos evolucionado de un entorno social y estratégico, volátil, incierto, complejo y ambiguo (*Volatility*, *Uncertainty, Complexity* and *Ambiguity*) a un entorno quebradizo, que nos provoca ansiedad al no encontrar soluciones, no-lineal entre causa y efecto e incomprensible (*Brittle*, *Anxious*, *Non-linear*, *Incomprehensible*).

La teoría del caos, donde pequeñas variaciones de la situación pueden producir grandes cambios, en ocasiones imprevistos e indeseados, recomienda en el futuro la activación de sistemas de gestión y control de crisis de carácter permanente.

La gestión de este entorno, de la incertidumbre o del caos, obliga a tratar problemas irresolubles o indecidibles, donde una línea de acción mejora ciertos aspectos del problema, pero empeora otros, a trabajar en la cuerda floja de la ambigüedad, donde no hay una decisión clara que pueda solucionar el problema, pero donde hay que minimizar los impactos desfavorables y potenciar aquellos que nos favorezcan con una táctica «ni-ni» (ni tú, ni yo) que reduzca riesgos y evite males mayores y a ser conscientes de que, en la mayoría de las ocasiones, se tienen que tomar decisiones sin conocer todos los datos del problema.
La gestión equilibrada de las expectativas, integrada en la gestión del caos, es fundamental, pues una gestión irrealista, emocional o puramente propagandística nos arrastrará a la frustración, a la ruptura de alianzas y a la erosión de la cohesión y del apoyo social con un impacto importante en la seguridad interna y en la seguridad humana general (interna y externa).
En esta gestión, cerrados en niebla, los valores deben constituir la brújula, la Polar, que nos permita mantener el rumbo.
Los líderes tienen que actuar para transformar la situación, racionalmente, con visión más allá del horizonte y en «modo regata», ajustando siempre rumbo y trapo, objetivos y expectativas.
Las situaciones caóticas tienen agentes participantes que las explotan para obtener beneficios tangibles e intangibles. Estas situaciones provocadas por crisis humanitarias, energéticas, sociales y económicas, no pueden dejarnos indiferentes ni podemos aceptar su cronificación.
En la gestión del caos, el primer paso para minimizar los efectos perniciosos de un determinado problema es identificar, para asegurar su solución, su centro de gravedad y, normalmente, el centro de gravedad lo constituyen los valores.
¿Qué valores necesitamos preservar y qué tipo de liderazgo debemos potenciar en este escenario quebradizo e incierto? La repuesta a esta pregunta se convierte en el eje de la gestión del caos y del proceso modulador de las expectativas.

2. Del escenario a los valores

Estamos ante una encrucijada, con la cuarta Revolución Industrial en marcha definida por cambios rápidos y continuos, con su «reglobalización» y su innovación y disrupción tecnológica. Para controlarla, necesitamos una nueva arquitectura de seguridad internacional que permita gestionar un nuevo orden mundial, una nueva arquitectura de seguridad que ayude a la evolución global hacia un mundo más seguro, más justo y libre.
El cinturón de seguridad en esta carrera y el centro de gravedad de esta encrucijada reside en el mantenimiento de los valores.

Para representar físicamente este escenario, esta encrucijada, imaginemos una rotonda con los valores en su centro y cuatro avenidas que culminan en la rotonda de los valores y están condicionadas por su posición central.
Las cuatro avenidas son el marco político-estratégico, las amenazas, riesgos y potenciadores de riesgo, la visión nacional y la visión internacional del escenario quebradizo en el que nos movemos.
En la rotonda, como centro de gravedad, tenemos los valores, pero ¿qué valores? Los valores deben tener un carácter global y una aceptación internacional, actualmente estas condiciones solo podemos encontrarlas dentro de la Organización de las Naciones Unidas a través de su catálogo de derechos aceptados, casi con carácter general, por todas las naciones del mundo. Podríamos decir que tenemos una partitura común, pero cada director de orquesta la ejecuta a su ritmo y con sus propios matices.
Singularmente, destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos que marca un hito en la historia al establecer, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero.
Fue elaborada por representantes de todos los países del mundo, con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, como un ideal común para todos los pueblos y naciones.
Desgraciadamente, la música de fondo utópica que acompañaba en 1948 a la declaración todavía sigue sonando, pero como escribió Eduardo Galeano: «La utopía está en el horizonte. Camino *dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué* sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar».
En su preámbulo, la Declaración, expresa consideraciones que 75 años después siguen en el terreno de las utopías, pero que pueden servirnos de referencias en esta búsqueda de valores comunes, de valores globales:

> «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;
> Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;
> Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;
Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;
Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y
Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso».

La necesidad de que prevalezca la justicia y el establecimiento de un régimen de derecho que favorezca la consecución de estas consideraciones llevó a la constitución de la Corte Internacional de Justicia, el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, que funciona de acuerdo con su Estatuto adjunto a la Carta de las Naciones Unidas y que forma parte integrante de ella.
Esta Carta de las Naciones Unidas es otro elemento medular en esta búsqueda de valores globales, por ser el instrumento constitutivo de las Naciones Unidas, firmado el 26 de junio de 1945 y establece los derechos y obligaciones de los Estados Miembros, los principales órganos y procedimientos de las Naciones Unidas.
Debido a su singular carácter internacional y a las competencias de su carta fundacional, las Naciones Unidas pueden adoptar decisiones sobre la amplia variedad de problemas que enfrenta la humanidad en el siglo XXI.
La Carta de las Naciones Unidas, considerada un tratado internacional, le otorga estos poderes y es un instrumento de derecho internacional vinculante (debería serlo) para los Estados Miembros de la ONU.
La Carta de las Naciones Unidas recoge los principios de las relaciones internacionales, desde la igualdad soberana de los Estados, hasta la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.
A los valores sociales como la libertad, la justicia, la democracia, la igualdad… habría que añadir valores individuales, muchos de ellos recogidos en el concepto de «lo militar» y reflejados en nuestras reales ordenanzas como el espíritu de sacrificio, la lealtad, el valor, la solidaridad, la austeridad…
La primera avenida que actúa sobre esta rotonda de los valores es el marco político-estratégico.
Este entorno acoge la lucha hegemónica que provoca el impulso continuo para influir, entendiendo la capacidad de influir como el indicador de poder de una

determinada sociedad, nación o alianza y el impacto de las nuevas y disruptivas tecnologías en la naturaleza de la guerra.

Las «acciones para influir» son continuas, simultáneas y, en teoría, coordinadas en todos los campos o teatros de actuación (tierra, mar, aire, espacio, ciberespacio y espacio electromagnético) y en todos los dominios (el diplomático, el militar y policial o de seguridad interna, el informativo-psicológico y el económico, financiero y energético).

Las «acciones para influir» son de carácter transversal, multidominio y multifuncionales, actúan sobre elementos de poder, autonomía, riqueza y bienestar social y provocan conflictos de diferente intensidad, como podemos constatar en la frontera de Ucrania con Rusia, en el Sahel, en Somalia, en Sudamérica o en el mar de China.

La finalidad superior, el «para qué», de las «acciones para influir» es la imposición de los valores propios y la erosión de los de nuestro adversario, actuando sobre determinados sectores sociales o incluso sobre las conciencias individuales. Acciones continuas y multidominio que nos obligan a defendernos de forma permanente e integral protegiendo nuestra rotonda de los valores de esta agresiva avenida.

Esta situación impacta sobre el concepto «guerra» que sigue siendo un enfrentamiento de voluntades, pero cuya naturaleza evoluciona hacia actividades de carácter complejo alineadas con la prioridad de «influir» en la arena internacional y nacional.

La influencia de las nuevas tecnologías y, sobre todo, el impacto de la inteligencia artificial generativa como nueva «arma global» equivalente a la que supuso y supone el arma nuclear desde mediados del siglo XX, hace que lo virtual, lo informativo, las narrativas y lo psicológico adquieran un mayor protagonismo y deban envolver siempre y justificar las acciones para influir, incluido el combate.

Hacer frente a esta evolución de la naturaleza de la guerra es algo más complejo en las sociedades libres y democráticas, donde se valora y se respeta la libertad individual y nos lleva a la necesidad de defender la ética y el derecho como elementos reguladores de las relaciones sociales e internacionales e incluirlos en los planes de acción política y en la arquitectura de seguridad que nazca en esta primera mitad del siglo XXI.

La segunda avenida a esta rotonda de los valores la constituyen los riesgos, los potenciadores de riesgo y las amenazas, su impacto sobre el contenido de nuestra rotonda es evidente.

Nuestra Estrategia de Seguridad Nacional define los riesgos y amenazas con un carácter global e interrelacionado, acentuando el impacto tecnológico y la posibilidad de provocar acciones «amenazantes» en cascada, las «policrisis».

Efectivamente, nuestras vulnerabilidades, nuestros riesgos, cada vez más, tienen carácter global y están conexionados, lo que obliga a prever acciones integradas para proteger, prevenir y recuperar las capacidades de nuestras infraestructuras críticas, sistema energético, sanitario, estructura social y demográfica, red económica y comercial… y demás áreas, espacios, intereses y, al final, valores, susceptibles de ser atacados.
Todo en un mundo global donde la ciberdependencia hace más complejas las reacciones y aumenta las vulnerabilidades de los sistemas.
Los potenciadores de riesgo prioritarios están constituidos por la desigualdad, la corrupción, la injusticia y las situaciones humanitarias críticas provocadas por el hombre o por la evolución global, como por ejemplo la demografía, el cambio climático, migraciones irregulares, crisis sanitarias, crisis económicas, energéticas o procesos de desinformación.
Los riesgos y las situaciones que los potencian provocan la utilización de amenazas, entendidas como medios de acción, que tienen carácter global, transversal y multidireccional y se identifican mediante acciones terroristas, de crimen organizado, fomento del desprestigio institucional, desafío la integridad territorial, amenaza nuclear, bacteriológica, química o radiactiva y, asimismo, a través del uso malintencionado de las nuevas capacidades tecnológicas, como las grandes bases de datos (*big data*), la inteligencia artificial o la biotecnología.
Nuestra estrategia de seguridad nacional dice:

> «El panorama actual de seguridad es más incierto que en años anteriores. La crisis de la COVID-19 ha intensificado las tendencias globales de fondo y ha acelerado el ritmo de transformación. La superficie de confrontación geopolítica encuentra áreas de intersección con la tecnología y la economía, dibujando así un mapa de riesgos más complejos y muy interrelacionados. Adicionalmente, amenazas derivadas del uso de tecnologías de nueva generación, como la Inteligencia Artificial o el acceso al espacio ultraterrestre, añaden complejidad y dificultan la protección de los derechos individuales ante un eventual uso malicioso».

La amenaza de nuestros derechos individuales es un ataque a nuestros valores que obliga a actuar, mientras que los riesgos y sus potenciadores son nuestros puntos débiles que tenemos que reforzar, proteger y rodearlos de acciones preventivas que reduzcan o eliminen su impacto.
Se trata de imponer o erosionar determinados valores o intereses, explotando la desigualdad, la corrupción y la injusticia (fijémonos en el proceso de golpes de Estado en el Sahel causando una crisis de influencia occidental) e impulsando las debilidades humanas que citaba Tucídides: el miedo, el egoísmo o interés personal y el honor en forma de fanatismo o populismo.

Si analizamos los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, aprobados por todas las naciones de la Organización, podemos ver cómo su consecución o el avance en su consecución tendría un efecto positivo en la reducción de los riesgos y por ende en la valoración de las amenazas.
De forma rápida y para relacionar los ODS con el catálogo de riesgos o con el catálogo de potenciadores de riesgos, los cito de forma sucinta: conseguir el fin de la pobreza; hambre cero; salud y bienestar; educación de calidad; igualdad de género; agua limpia y saneamiento; energía asequible y no contaminante; trabajo decente y crecimiento económico; mejora de la capacidad industrial; de las infraestructuras e incluir la innovación en los procesos de desarrollo; reducción de las desigualdades; ciudades y comunidades sostenibles; producción y consumo responsables; acción por el clima; protección de los ecosistemas marinos y terrestres; paz, justicia e instituciones sólidas y alianzas para alcanzar estos objetivos.
Quizás los dos últimos objetivos, promover alianzas y sociedades justas, pacíficas e inclusivas, sean los coadyuvantes del resto, y la imposición de la justicia, el único camino, a seguir.
Concretamente, uno de los indicadores de los ODS es la valoración de la corrupción. La ONU señala que donde se encuentran los mayores índices de corrupción, de forma global, es en la policía y la justicia, reconociendo que desigualdad y corrupción son los principales potenciadores de riesgos a los que nos enfrentamos.
Sin pretender ignorar el utópico sonido de fondo de esta declaración de objetivos, de forma implícita se incluyen en ellos valores como justicia, libertad, igualdad y seguridad humana que no deberíamos desaprovechar.
Las otras dos avenidas que completan nuestra encrucijada las constituyen la visión global de este marco estratégico y la visión nacional. En ambos casos, las visiones tienen carácter político, son subjetivas, discutibles y discutidas, pero, en cualquier caso, deberían promover la importancia y el valor de los valores y deben ser flexibles para adaptarse a este imparable y veloz proceso de cambio, profundas en el análisis de futuras repercusiones de la evolución social y tecnológica e inteligentemente pragmáticas, sin perder la referencia de los valores que deben marcar nuestro futuro.
La visión global, desde mi punto de vista y, a pesar de la necesidad de renovación de la organización, debe basarse en la que transmite la Organización de las Naciones Unidas (ONU) desde sus cuatro ejes prioritarios de actuación: mantener la paz y la seguridad internacionales, proteger los derechos humanos, distribuir ayuda humanitaria y apoyar el desarrollo sostenible y la acción climática. A través de todo su cuerpo jurídico y legislativo, desde Carta de la ONU, por indicar algunos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o la Agenda para el 2030 como Objetivos de Desarrollo

Sostenible (ODS), que ya hoy se muestran inalcanzables para dentro de siete años, lo que obliga a una renovación y actualización de su definición y proceso de ejecución.
La ONU estableció un concepto amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos, el 21 de marzo de 2005, como seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio.
Una interpretación de la libertad que entiende que la idea de que la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos van de la mano y que queda enmarcada por las tres grandes «libertades»: la libertad de vivir sin temor, la libertad de vivir sin miseria y la libertad de vivir en dignidad.
En este sentido, el documento establece que: la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos no solo son indispensables, sino que también se fortalecen recíprocamente.
Así no tendremos desarrollo sin seguridad, no tendremos seguridad sin desarrollo y no tendremos ni seguridad ni desarrollo si no se respetan los derechos humanos.
En esta visión global de hacia dónde ir y siguiendo el rumbo que marcan las Naciones Unidas, hay que destacar la importancia dentro del derecho internacional, en el ámbito militar, del derecho de la guerra (convenciones de Ginebra y La Haya).
La necesidad de promover el respeto al derecho internacional forma una parte nuclear de los valores, que debemos mantener, proteger e impulsar.
Los valores que de forma implícita residen en los ODS engranan a la perfección con aquellos que la Cruz Roja y Media Luna Roja postulan: humanidad, imparcialidad, neutralidad, universalidad, unidad, independencia y carácter voluntario.
La cuarta avenida es la visión nacional que se recoge en nuestra Estrategia de Seguridad Nacional de 2021, donde se apuesta por una estrategia integrada, con tres ejes básicos de la política de defensa, en su eje 1: «Una España que protege las vidas de las personas, sus derechos y libertades así como el orden constitucional», en su eje 2: «Una España que promueve la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos» y en el 3. «Una España que participa en la preservación de la paz y seguridad internacional y defiende sus intereses estratégicos», desarrollando acciones integradas para influir de forma individual o a través de su participación en la ONU, la Unión Europea (UE) y la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).
La Estrategia de Seguridad Nacional recoge la sincronización nacional con los objetivos de las Naciones Unidas, la Unión Europea y la Alianza Atlántica:

> «España requiere una capacidad de disuasión creíble y efectiva y una capacidad de defensa autónoma, frente a diferentes formas de agresión: desde las estrategias híbridas hasta el conflicto convencional. España

> debe, además, seguir siendo un socio comprometido y fiable de la Unión Europea, la OTAN, las Naciones Unidas y otros marcos multinacionales de seguridad y defensa».

Y, a continuación, expone la inquietud por las limitaciones de la gestión de crisis por parte de la ONU: «En particular, [España] aboga por una revisión del sistema de las Naciones Unidas, eje central de la acción multilateral concertada para la prevención de conflictos, la acción humanitaria y la consecución de la paz, para lograr una organización más ágil y eficaz, adaptada a los desafíos mundiales actuales».

> «[…] Ningún país por sí solo puede hacer frente a amenazas globales del siglo XXI como la lucha contra las pandemias o contra los efectos del cambio climático. Una acción concertada sobre la base de un multilateralismo más fuerte resulta necesaria con la Organización de Naciones Unidas como principal referencia a nivel mundial».

Como dijo la ministra de Defensa, Margarita Robles, en el Congreso con motivo del 40.º aniversario de nuestra Constitución: «[…] la obligación de defender nuestra seguridad allí donde sea necesario y respetando los valores y principios que la Carta de Naciones Unidas establece […]».
Esta encrucijada con cuatro ejes que influyen, protegen o erosionan nuestra rotonda central constituida por los valores, tiene lugar en un ambiente incierto y quebradizo (del VUCA al BANI, expusimos antes) y cito palabras del embajador Alvargonzález en el Senado en 2018:

> «[…] vivimos un mundo donde se confunde la verdad y la mentira. Donde se confunde guerra y paz. Donde la realidad y la realidad virtual se confunden igualmente. Donde se entremezclan seguridad interior y exterior, y se confunden terrorismo y delincuencia organizada. Un mundo donde se pretende confundir democracia y autocracia. Uno donde el control de la proliferación de armas de destrucción masiva se fragiliza…
> Un mundo cuya información llega sin discriminación a cualquier lugar…
> Al mismo tiempo, este es un mundo que crea riqueza, cura enfermedades, que toma iniciativas con destino a los más necesitados, que pone toda la información, la cultura, la música, la belleza del arte, a disposición general, que se asoma al cosmos para entenderlo mejor, e incluso osa ambicionar colonizarlo, que desarrolla la física cuántica y la inteligencia artificial, que ha visto ideales que nos identifican extenderse, ideales que merecen ser defendidos.
> Vivimos un tiempo vibrante, abigarrado, a veces observado desde el abismo del suicidio planetario que puede suponer, por ejemplo, el cambio climático, y otras que nos sorprende con ejemplos de una generosidad inmensa.

> Somos la privilegiada generación que contempla el cambio de era, y aún es libre; vivimos un cambio tan importante y profundo como el que se produjo entre la Edad Media y el Renacimiento, o entre la Edad Moderna y la Contemporánea, y contamos con instrumentos, para analizar la realidad y adelantarnos al mal. Hemos aprendido a construir las instituciones que sirven al bien, a los principios y valores cuya defensa es obligada. Valores y principios que convenientemente defendidos, desde nuestras normas y sin complejos, marcaran el norte en un mundo complejo, lleno de incertidumbres, pero también de oportunidades. Principios y valores que se aprenden en la escuela, y cuya defensa es nuestra primera obligación».

Si, de esta visión de encrucijada en la que nos encontramos, aceptamos que los valores y el individuo con su libertad constituyen el centro de gravedad, el centro de la rotonda de nuestra arquitectura de seguridad. La mejor y más necesaria arma defensiva es la educación y la formación en valores.
Iniciativas como el Servicio Nacional Universal, iniciado en Francia por su presidente, Emmanuel Macron, nos acercan a la sensibilización con este problema en un mundo global abierto a todos los vientos y mares, a todas las influencias.
Si la educación y la formación en valores constituye nuestra mejor arma defensiva, la necesidad de contar con líderes formados y conscientes de las características del liderazgo estratégico es lo que hará posible nuestra existencia como sociedad libre ante los desafíos que el siglo XXI presenta en su horizonte.

3. De los valores al liderazgo estratégico

El líder estratégico debe ser un contenedor y difusor de valores a través de su ejemplo y desarrollar un liderazgo humanístico donde el individuo sea el centro.
Los valores del líder estratégico establecen su identificación con la visión y con la misión de la organización que encabeza y sirve de base para establecer sus metas y propósitos estratégicos.
El liderazgo del que hablamos es humanista, basado en la mejora de las personas, en unos rendimientos futuros, en la eficiencia y capacidad de supervivencia de la organización
Es un tipo de liderazgo que produce líderes y su indicador de rendimiento no se extrae de una valoración del líder, sino midiendo a su equipo: el indicador de rendimiento del liderazgo está en la actitud y en la motivación de los miembros del equipo y el lema «vale quien sirve» se transforma en «liderar es servir».

Decía Jack Welch, CEO de General Electric en el siglo XX y modelo de líderes estratégicos: «Si tus acciones inspiran a otros a soñar más, aprender más, y hacer más, y ser mejores, eres un líder».
El núcleo de este estilo de mando, de este liderazgo proyectado a través del ejemplo, es el respeto a la justicia y el compromiso moral y ético en las actuaciones que se proyecten o que se realicen.
De aquí la importancia del asesoramiento jurídico. Factores como el cumplimiento legal, la mitigación de riesgos legales, contractuales y organizativos, la protección de la cultura de la institución, la protección de las personas, la resolución de conflictos, las negociaciones y las evaluaciones legales son factores que conllevan una tremenda importancia del asesoramiento jurídico al líder estratégico.
Para profundizar un poco más en este liderazgo, me voy a permitir unas breves comparaciones entre el liderazgo estratégico y táctico y las diferencias, si las hubiera, entre su ejecución en el mundo civil (empresas y administración) y en el militar.
El líder estratégico navega en alta mar y debe establecer su propio marco de actuación, interpretando las exigencias derivadas del derecho, de la moral y de la ética con mayor capacidad de actuación o flexibilidad que el líder táctico, que navega por aguas costeras con menor capacidad de maniobra.
Decía el general George Casey:

> «El líder estratégico conduce al logro de su visión organizativa, en un marco de alto nivel a través del desarrollo de políticas y estrategias, construyendo consensos, adquiriendo y asignando recursos, influenciando la cultura organizacional y dando forma a un contexto complejo y ambiguo. Lidera a través del ejemplo para construir una organización efectiva, desarrollar la siguiente generación de líderes, dar energía a los subordinados, buscar oportunidades para avanzar en los objetivos organizacionales y el equilibrio personal y profesional».

Esto, dicho por un militar, es totalmente aplicable en el mundo civil, empresarial y administrativo, ya que, en mi opinión, la aproximación al liderazgo estratégico es similar en el mundo civil y en el militar y está condicionado, sobre todo, por la cultura, la tradición y la organización de cada institución o compañía.
La utilización de símbolos y mitos en el ámbito militar hace que en el nivel táctico sea más fácil encontrar referencias y desarrollar un liderazgo eficiente, mientras que la agilidad orgánica y la mayor facilidad de contar con indicadores de rendimiento hace más practicable el liderazgo estratégico en el mundo empresarial.

En el ámbito de las personas, en cualquier nivel de liderazgo, el respeto y cultivo de los valores, las exigencias éticas, morales y de justicia y la capacidad de comunicación constituyen factores determinantes de la capacidad del líder.
En este ámbito, el impacto de la ética es quizás el más diferenciador entre el liderazgo táctico y el estratégico: el líder estratégico, con una mayor libertad de acción, debe establecer su propio marco ético con mayor exigencia y responsabilidad que el líder en el nivel táctico.
A la diferencia en la forma de asumir la ética en las acciones del líder táctico y estratégico, se une la diferente forma de afrontar la comunicación, que es personal y cercana en el líder táctico y necesita una estrategia y una utilización inteligente de los medios de comunicación social por parte del líder estratégico.
La necesidad de utilizar los medios de comunicación social en el nivel estratégico, lo hace más vulnerable a la manipulación, al impacto de las noticias falsas y a la influencia de mensajes sencillos, inapropiados y atractivos que generan narrativas atractivas y populistas.
La proyección de la inteligencia artificial generativa a través de las redes sociales la convierte en un elemento dominante en el proceso de comunicación, en el apoyo a la decisión y en un arma con gran capacidad para la manipulación y la erosión de los valores o para su defensa y consolidación. Así, se convierte en la herramienta más beneficiosa y peligrosa que el líder estratégico tiene que controlar, aprendiendo a utilizarla para potenciar sus beneficios y minimizar sus riesgos.
En las relaciones personales con su equipo, los desafíos del líder son similares en el mundo empresarial, en el mundo de la administración y en el mundo militar: el ejemplo es el factor dominante.
En el ámbito de la organización es donde aparecen las mayores diferencias entre el mundo militar, el de la administración y el de la empresa, siendo este último, por su agilidad y por la mayor facilidad para medir resultados, donde el líder estratégico se puede desenvolver con mayor soltura.
La sencillez en las relaciones de mando, la facilidad para impulsar procesos de innovación y de transformación, la cultura de la organización, la permanencia de los líderes al frente de sus organizaciones son otros factores de ventaja del mundo empresarial sobre la administración o el mundo militar.
Un elemento común e importante es la gestión de intangibles relacionados con la cultura de la organización, la tradición, la seguridad en el trabajo, gestión del talento y los modelos de carrera. Estos intangibles en todos los ámbitos tienen una gran influencia en la moral y el compromiso individual con la organización.
Pensando en el entorno en el que se mueven los líderes tácticos y estratégicos, el paralelismo entre el mundo empresarial, la administración y el mundo militar es claro.

En todos estos ambientes el líder estratégico se mueve en un ambiente de confrontación y ambigüedad, de incertidumbre y de necesidad de transformación que le obliga a asumir riesgos que el líder táctico se evita.
La burocracia se convierte, en ocasiones, en un lastre difícil de arrastrar en el ámbito estratégico. La capacidad para conseguir consensos y alianzas es una cualidad imprescindible en este nivel.
Independientemente de estos detalles y de las cualidades que el líder estratégico debería cultivar, parece lógico que se necesita un entorno, un ecosistema de líderes estratégicos para que sus actividades sean eficientes.
En este ecosistema, las relaciones tienen que estar reguladas por un régimen de derecho, donde la justicia constituya el valor central y la jurisprudencia, como referencia y elemento expositor de criterios, se convierte en un núcleo duro de nuestro sistema de valores y de las exigencias al líder. No cabe duda de que el líder necesita apoyarse en la jurisprudencia para avanzar con seguridad y justicia en la consecución de sus objetivos.
Sabemos que un líder es justo cuando vive de acuerdo con sus principios y valores. Un líder que actúa bajo el principio de la justicia refleja coherencia entre sus pensamientos, palabras y acciones. Es equitativo en el momento de tomar decisiones; es decir, piensa en las repercusiones que sus decisiones pueden traer a los demás y no solo en los beneficios que puede brindarle a él.
El análisis realista de la situación y la ejecución de planes de contingencia, es un proceso de actualización continuo, donde el Estado de derecho y la legislación constituyen el marco de actuación obligado. Una parte fundamental del trabajo del líder estratégico, con visión más allá del horizonte, son los procesos de cambio o transformación y no cabe duda que su mayor dificultad está en la implantación de dichos cambios, en este proceso la jurisprudencia adquiere un papel relevante que asegura su ejecución.

4. A modo de conclusión

Si somos conscientes de:

- La compleja situación político-estratégica global, de su velocidad de cambio y de las amenazas de carácter global que actúan sobre la conciencia de los individuos, utilizando las nuevas tecnologías y la narrativa, a veces distorsionada, como herramientas para erosionar los valores básicos de la sociedad explotando las situaciones de crisis, la desigualdad y la corrupción.
- La competencia por la hegemonía político-estratégica es una lucha por imponer los valores de cada contendiente.

— Que el blanco es el individuo, por su fácil manipulación utilizando las nuevas tecnologías.

— Que la libertad y los valores occidentales están en riesgo en esta lucha hegemónica.

Tenemos que:

— Enlazar valores, individuo y liderazgo estratégico.

— Apostar por una educación y una formación con «la persona en el centro», una formación basada en valores y que refuerce los valores democráticos, el respeto a la justicia, el espíritu crítico y la capacidad de aguante y reacción social ante las amenazas que nos rodean.

— Desarrollar una formación y un proceso de selección de líderes estratégicos que fundamenten su actuación en un código ético de carácter universal donde los valores occidentales constituyan su núcleo.

— Solo así podremos sobrevivir en esta lucha hegemónica… o evitar que nuestro líder estratégico sea la inteligencia artificial generativa.

Bibliografía

Aznar Fernández-Montesinos, F. (2018). *Repensando el liderazgo estratégico.* Madrid, Sílex ediciones.

España. (1979). Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de reales ordenanzas de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado.* 12 de enero, n.º 11, pp. 753-764.

Estilos de liderazgo [en línea]. Disponible en: https://estilosdeliderazgo.org/blog/cualidades-de-un-lider/valores/justicia/

Estrategia de Seguridad Nacional 2021. (2021). Catálogo de publicaciones de la Administración general del Estado. Madrid, Estugraf. Disponible en: https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/ESN2021%20Accesible_1.pdf

Kucher, F. (2023). ¿La Inteligencia Artificial destruirá a la humanidad? *Página 12.* Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/536812-la-inteligencia-artificial-destruira-a-la-humanidad

Milans del Bosch, B. (2022). *Ser ejemplo. Pequeños grandes líderes.* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A.

Naciones Unidas [en línea]. Disponible en: https://www.un.org/es/our-work/documents

[en línea]. Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

[en línea]. Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

EXCEPCIÓN Y DERECHO: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

1. Quisiera que mis primeras palabras fueran, como resulta obligado, de agradecimiento a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por el honor que se me hace de poder dirigirme en tan eminente sede a un público tan egregio como el que hoy nos acompaña. Y ese agradecimiento no podía, sino personalizarse en Luis Cazorla, presidente de la sección militar de esta Academia, y en José Luis Poyato, quienes hace años tuvieron la deferencia (y yo la fortuna) de brindarme no solo su magisterio, sino también, sobre todo, su impagable amistad.

Y el tema que se me sugirió para protagonizar mi *maiden speech* como correspondiente de esta noble Academia no es otro, sino el derecho de excepción y su aplicación en España, en especial, en relación con la denominada

crisis del COVID-19. Confieso que uno de los mayores defectos de quien ahora les dirige la palabra (y un castizo podría decir que «así me va») es el de no volver a temas que me han ocupado abundantes horas de reflexión y trabajo en el pasado. En el ámbito que me apresto a abordar ese sin duda defecto se acrecienta aún más. Sin embargo, al comenzar a preparar esta modesta intervención, pude intuir que en ello sobrevolaba una especie de resistencia o reserva mental a volver a los dramáticos días vividos por todos y que, esa resistencia subconsciente, por supuesto, era de un modo u otro experimentada o compartida por buena parte de todos nosotros. Hoy, todo lo vivido entre marzo de 2020 y mayo de 2021 parece una pesadilla en la que realmente estábamos despiertos y que, como toda pesadilla, deseamos olvidar de inmediato para reanudar nuestros quehaceres.

La peor pesadilla. Miles de muertos[1], en un goteo implacable que no solo no tenía fin, sino que aumentaba su macabro caudal a cada día que pasaba. Unas muertes, sí, hay que decirlo, que se producían en terribles circunstancias: en la soledad de hospitales o casas, sin contacto con las personas queridas, para estas la imposibilidad de decir adiós y, por lo tanto, de asumir las terribles pérdidas. Junto a ello, en varios peldaños inferiores, la pandemia cambió las vidas de los que nos quedamos, afectó de un modo que no podíamos imaginar a nuestra forma de relacionarnos con los demás, unos «otros» a quienes solo veíamos los ojos, unos ojos que fueron la única puerta, bella eso sí, pero estrecha, de entrada, a la intersubjetividad. No voy a extenderme más en estas tristes consideraciones. Pero, en cualquier caso, sí me interesa resaltar que, aun cuando las sociedades, los seres humanos en general, se caracterizan por su resistencia y capacidad de adaptación a las más extremas circunstancias (y la historia está ahí para encontrar abundantes ejemplos de ello), lo cierto es que la pandemia no solo nos cambió esos días, sino que nos ha cambiado para siempre. Y de un modo que todavía no somos capaces de vislumbrar, pues aún no ha transcurrido el tiempo suficiente. Tanto nuestra intrahistoria como la Historia con mayúsculas encuentran un punto de cesura, de cambio, en cualquier caso, en marzo de 2020.

Dada la enorme trascendencia de lo vivido, no es permisible la amnesia individual y, mucho menos, colectiva. Inspirándonos en la teoría psicoanalítica (con todas las críticas que quieran hacérsele), no podemos sepultar en el inconsciente

1 Como es sabido, la cuantificación del número de fallecidos a causa del COVID-19 dista de ser una cuestión sencilla, existiendo distintas estimaciones en función de los parámetros empleados. Baste señalar aquí dos fuentes. *The Lancet* estimaba, a fecha 31 de diciembre de 2021, el número de fallecidos a nivel mundial en 5.940.000, con 98.900 para España «Estimating excess mortality due to Covid-19 pandemic: a systematic analysis of the Covid 19 related mortality, 2020-2021». *Lancet*. (2022). N.º 399, pp. 1513-1536. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, a junio de 2023, cifra el número de fallecidos a nivel planetario en 6.943.390, de los que 121.416 corresponderían a nuestro país. Véase *Who Coronavirus (Covid-19) Dashboard*. OMS. Disponible en: https://covid19.who.int/

colectivo el trauma que nos golpeó, pues las consecuencias de esa represión serán a la larga claramente perjudiciales. Debemos revisitar dicha experiencia para aprender a convivir con ella y extraer las lecciones que puedan sernos de utilidad en nuestro futuro. Dicha reflexión es extrapolable a múltiples ámbitos y, por qué no decirlo, por extraño que pueda sonarle a algunos, también al derecho.
La crisis del COVID-19 ha sido la más grave amenaza a la propia existencia humana y también a su modo de convivencia, planteada en varias generaciones. Cierto es que las dos guerras mundiales resultaron más terribles en términos de vidas humanas, pero las características ínsitas a la pandemia, especialmente por tratarse de algo nuevo («yo hago nuevas todas las cosas», dice el Apocalipsis), que despertaba nuestros miedos más atávicos, le otorga una dimensión no comparable con traumas previos, salvo la Peste Negra de 1348 (con la diferencia de que nuestro mundo de hoy había olvidado que la enfermedad puede ser un modo de destrucción masiva). Las medidas exigidas para hacer frente a la amenaza también nos obligaban a entrar en *terra ignota*. Y, ante la terrible cosecha de tánatos y la necesidad imperiosa de ponerle coto en un mundo globalizado en el que el espacio y el tiempo se han acortado vertiginosamente, lo que hace también las amenazas más destructivas, el Derecho fue como tantas veces llamado.
Siendo la misión de este el encauzar la convivencia humana y, en particular, dar solución a los conflictos que puedan surgir en la misma, el Derecho tenía un importante papel a desempeñar. La partida principal se jugaba en los hospitales, pero junto a dicha pista central, había otras igualmente necesarias, con el fin de frenar, de poner fin a la expansión de la epidemia.
Existe una pequeña rama o especialidad, como quieran, del ordenamiento jurídico, no presente en todos ellos, conocida como Derecho de Excepción. Haciendo de acusación podría señalarse que se trata de una *contradictio in terminis*, pues, podría pensarse (y algunos lo sostienen) que en situaciones de absoluta anormalidad el Derecho se ve sobrepasado por las circunstancias y las inmediatas acciones que han de adoptarse, a lo que se uniría la crítica consistente en que prever normativamente lo de por sí imprevisible es un esfuerzo inútil y estéril. Sin embargo, con todos sus defectos, con todas sus imperfecciones, con sus evidentes lagunas, el ordenamiento de excepción es en mi opinión no solo un acierto, sino una necesidad, consustancial a la propia vocación, a la *ratio essendi* del Derecho.
No voy a extenderme en la caracterización del derecho de excepción. Garantía diacrónica de la Constitución, como se ha afirmado (Cruz, 1984: 15), supone que la Constitución admitirá su suspensión parcial con el fin último de garantizar su supervivencia amenazada en determinadas circunstancias. Por ello, el derecho de excepción, a pesar de lo que subyace en determinado imaginario colectivo y, lo que es más incomprensible, académico, no es una amenaza a

nuestra libertad, a la Constitución en sentido amplio, sino todo lo contrario, una garantía de la misma, una afirmación de que cuando llegue la más terrible prueba será necesario renunciar a parte de nuestra libertad para erradicar una circunstancia, un peligro, que amenaza con esclavizarnos para siempre. Mediante el derecho de excepción, parte de la Constitución se suspende para salvar el todo en el más breve plazo posible. Como es sabido, tal derecho implica normalmente una concentración del poder en los ejecutivos, dada su mayor capacidad, en tiempos de respuesta y medios, para hacer frente a la amenaza, así como la restricción o suspensión de la vigencia de determinados derechos individuales (Schmitt, 2019: 16-18). Y el derecho de excepción establece que en tal necesaria operación a corazón abierto habrá determinadas constantes que no podrán sacrificarse.

El constituyente español de 1978 tuvo en cuenta lo acabado de señalar y optó por elevar al máximo rango normativo la excepción, recogiéndola en los artículos 116 y 55 de su texto. Frente a otros modelos comparados, como es el caso belga o el británico, que optan, respectivamente, por no admitir o regular la excepción, el constituyente de 1978 consideró, con acierto, que el derecho de excepción es una garantía y ello a pesar de que en el pasado, no fueron pocas las veces (en nuestro país y en otros), constituyera la puerta de entrada a la implantación o consolidación de regímenes o prácticas autocráticas (Fernández, 1978; Ballbé, 1983). Pero decidió, certeramente, correr ese riesgo, suponiendo una afirmación, una decisión política fundamental, de que, llegada la hora más oscura, el *ius* guiaría y modularía la *vis* necesaria. Y el modelo acogido por nuestro constituyente, con todas sus imperfecciones, no puede, sino saludarse positivamente: se huyó conscientemente de otros modelos, en otros aspectos tantas veces copiados, como el francés, con la posibilidad de la dictadura comisoria y cheques en blanco de antemano al presidente de la república (Pierré-Caps, 2021: 103-124)[2]. Así se decidió que, si bien la excepción es por pura lógica y necesidad la hora de los ejecutivos, sería el Parlamento, en concreto el Congreso de los Diputados, en cuanto representante del titular de la soberanía, quien, de una parte, definiera previamente, a través de una ley orgánica, la excepción y las posibles medidas a adoptar y, de otro lado, que, llegado el momento, la propia excepción tuviera que ser apreciada por el Parlamento y, en especial, que este extremara en tales circunstancias su función de control o supervisión del protagonista en la gestión de las crisis[3]. Por todo ello, bien puede afirmarse que el modelo español de excepción se cuenta entre los más

2 Art. 16 de la Constitución francesa.

3 De este modo, el constituyente español, siguiendo nuestro constitucionalismo histórico, establece un sistema que ha sido calificado como «de doble reserva de ley», pues es la ley la que establece la regulación *ex ante* de la excepción y es el Parlamento quien tiene también reservada la facultad de declarar la excepción (salvo en la «alarma inicial»). Véase Cruz, 1981: 93-130.

garantistas del mundo: determinadas partes de la Constitución nunca podrán suspenderse, en particular, buena parte de los derechos fundamentales y, de otra, no existirán cheques en blanco que posteriormente puedan ser avalados por el Parlamento (a diferencia de los célebres *Indemnity Bill* anglosajones).

2. Llegado es el momento de hacer balance (en cuanto las limitaciones temporales de esta disertación impiden un análisis pormenorizado) de la aplicación del derecho de excepción en nuestro país en la pasada crisis 2020-2021. Ha habido, a este respecto, luces y sombras, como cualquier valoración objetiva de instituciones o procesos arroja, no compartiendo discursos triunfalistas ni apocalípticos en relación con ello.

Entre las innegables luces, enlazando con lo ya señalado, el derecho de excepción ha superado con creces su más exigente *test* de estrés. Con todas sus imperfecciones, los españoles pudieron comprobar que, ante lo imposible, ante lo inicialmente imprevisible, nuestro ordenamiento ofrecía soluciones y procedimientos que en sus aspectos principales fueron seguidos. Hoy, a *posteriori*, como sucede con muchos juicios históricos (máxime en los tiempos de la posmodernidad), el pasado se contempla como inevitable, pero resulta, en cierto modo, un milagro sorprendente que el derecho ofreciera respuestas a lo vivido desde el primer momento y ello es un dato que no puede minusvalorarse. En este sentido, España tenía terreno ganado con respecto a otros países, aspecto que debe ser reivindicado (en este sentido, debe valorarse muy positivamente que, desde el primer momento, a diferencia de lo que ocurriera en otros Estados de nuestro entorno, se distinguió claramente entre las medidas encaminadas a erradicar la pandemia desde el punto de vista sanitario y aquellas adoptadas para hacer frente a las consecuencias sociales y económicas derivadas de la misma)[4]. El derecho, sin duda, nos ha ayudado a salir de la crisis de una forma ordenada. Las medidas acordadas, muchas ellas drásticas y que producían perjuicios innegables en aras de un objetivo mayor,

4 La respuesta jurídica a la pandemia en los diferentes países ha sido muy variada, en función de lo previsto en los distintos ordenamientos y de las circunstancias propias de cada uno de ellos. Así, en unos casos, se ha acudido al derecho excepcional establecido en la Constitución, en otros casos se ha dictado legislación *ad hoc*, en otros se ha acudido a la vía de la «legislación» gubernamental de urgencia, igualmente, en algunos Estados se ha recurrido a la legislación sanitaria para supuestos de emergencia, acordándose, en determinados casos, su modificación concreta para adaptarla a la crisis afrontada. Como es conocido, no han faltado al respecto controversias doctrinales y políticas respecto a la misma, al igual que ha sucedido en nuestro país. Para un resumen de las distintas respuestas jurídicas ensayadas durante el coronavirus, véase: Informe *On the measures taken in the EU Member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights.* (2020). Comisión de Venecia. CDL-AD. 018. También, Ferraro, 2020: 341; Alcaraz, 2021: 523-544; Amos, 2021: 125-152; Castella, 2021: 437-464; Díaz, 2021: 399-431; Kolling, 2021: 467-486; Marazzita, 2021: 153-191; Mastromarino, 2021: 545- 566; Sánchez, 2021: 487-522.

fueron adoptadas dentro del y por el derecho. Se acudió a algo preexistente, sin necesidad de que el poder concentrado diseñara soluciones arriesgadas. Los mecanismos establecidos por nuestro constituyente y nuestro legislador orgánico funcionaron, con todas las críticas que puedan hacerse y que yo personalmente he hecho y haré en esta exposición. Parlamento, poder judicial, Tribunal Constitucional, comunidades autónomas, han actuado, sin perjuicio de deficiencias observadas que es preciso mejorar. Y todo ello ha puesto de manifiesto fortalezas de nuestro Estado que no conocíamos y debilidades, que muchos atisbábamos, que es preciso corregir. Y lo señalado ha ido acompañado de lo más importante, de una actitud cívica como ha habido pocas en otros países. El pueblo español fue consciente de lo que afrontaba en los idus de marzo y de los sacrificios que se le pedían y que era necesario hacer, actitud meses más tarde confirmada por uno de los mayores índices de vacunación del mundo. Asimismo, en un país en algunos otros aspectos desgarrado por la división, España asombra por la incontestada solidaridad intergeneracional de la que se dieron reiteradas muestras durante la pandemia[5].

Resaltadas las luces, detengámonos en las sombras. Así, hubo (y todavía hay) diversos aspectos controvertidos, algunos decididos por el Tribunal Constitucional en cuatro relevantes sentencias[6] y otros aún abiertos de cara al futuro. El repaso de los principales aspectos controvertidos nos servirá también de somera rememoración de los principales jalones del itinerario, seguido durante los más de doce meses de excepcionalidad oficial, con alguna intermitencia, vivida en nuestro país (Cuenca, 2021: 295-324).

El primero de ellos, y que más repercusión doctrinal y mediática ha tenido, hace referencia al concreto instrumento jurídico empleado para enmarcar la lucha contra la pandemia y en sus momentos más difíciles. Nos referimos, claro es, a la controversia estado de alarma-estado de excepción.

Sabido es que las medidas iniciales adoptadas en las dos primeras semanas de marzo de 2020 fueron llevadas a cabo por algunas comunidades autónomas en determinados ámbitos de su competencia: restricciones y finalmente cierre de colegios y de determinados establecimientos comerciales…, e incluso algún confinamiento singularizado, principalmente de turistas en quienes se había detectado la enfermedad. Pronto se fue bien consciente que la situación desbordaba la respuesta competencial autonómica al erigirse en una cuestión

5 No cabe duda de que la pandemia tuvo unos indudables efectos en las relaciones entre generaciones, debido a su diferente incidencia, no solo sanitaria, en unas y otras Gómez, 2020: 243-264; Llano, 2020: 123-138).

6 STC 183/2021, de 14 de julio, en resolución de un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto 463/2020 y sus prórrogas. STC 168/2021, de 5 de octubre, por la que se resuelve un recurso de amparo contra determinadas decisiones de la Mesa del Congreso de los Diputados en relación con la suspensión de los plazos parlamentarios. STC 183/2021, de 27 de octubre, por la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad frente al Decreto 1086/2020 y sus prórrogas. STC 3/2023, de 9 de febrero, por la que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Aragón contra el art. 10.8 LJCA.

sanitaria de primer orden que amenazaba a miles de vidas y a nuestro modelo de convivencia. Quienes me conocen, muchos de ellos aquí presentes, saben que no me caracterizo (no afirmo que ello sea una virtud, más bien al contrario) por atribuirme méritos o logros, pero no puedo resistir la tentación de reflejar aquí que el 11 de marzo de 2020, tres días antes de la aprobación del célebre Decreto 463/2020, que declarara el estado de alarma, quien les habla publicó en la página tercera del diario ABC un artículo (Cuenca, 2020) en el que, tras señalar que la situación epidemiológica ya en esas fechas vivida encajaba «dentro de los supuestos que pueden dar lugar a la declaración del estado de alarma», añadía que: En todo caso, no cabría descartar que ante una extensión muy amplia de la enfermedad-epidemia pudiera recurrirse a la declaración del estado de excepción. La duración… limitada del estado de alarma y la menor intensidad de las restricciones a la libertad de circulación así podrían imponerla: hay que recordar que en el estado de alarma se habla de limitaciones a tal derecho, mientras que en el de excepción se permite la suspensión del mismo. En tal caso la declaración seguiría correspondiendo al Gobierno nacional, si bien con la autorización previa del Congreso de los Diputados». Doce días después, el 23 de marzo, el mismo autor ya señalaba que las medidas adoptadas, en particular, el confinamiento domiciliario de la generalidad de la población, suponía una auténtica suspensión de tal derecho, únicamente admisible en el marco de un estado de excepción (o sitio) y no en el de alarma (Cuenca, 2020: 236). Al margen de este tipo de consideraciones, conocida es ya la controversia suscitada al respecto, que dio lugar a un intenso debate doctrinal (más que político) y que finalmente sería decidida (*Domenico Escarlatti locuta, causa finita*) por el máximo intérprete constitucional en la sentencia de 14 de julio de 2021, con argumentos muy similares a los aquí someramente expuestos.

Bien podría decirse que nos hallábamos así ante el estado equivocado. La cuestión, debe reconocerse, distaba de ser de fácil solución, pues lo cierto es que no se daba (como exige la aplicación del derecho) un supuesto de hecho que pudiera subsumirse sin problema alguno en una norma previa. Nos encontrábamos ante un supuesto de hecho previsto en la Ley Orgánica 4/1981 (epidemia sanitaria) como uno de los presupuestos fácticos habilitantes del estado de alarma[7], un supuesto de hecho que, sin embargo, exigía medidas que no están permitidas constitucionalmente para el estado de alarma y sí para el estado de excepción, destacadamente el confinamiento domiciliario general de la población (aunque no solo)[8]. Esa discordancia entre el presupuesto de hecho

7 Art. 4 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

8 Como es sabido, la Constitución solo permite la adopción de medidas que impliquen la suspensión de derechos en el marco de los estados de excepción y sitio, pero no en el de alarma (art. 55.2). En ese sentido, el confinamiento general de la población suponía la adopción de una medida que, por su generalidad e intensidad restrictiva en los derechos fundamentales, había de ser calificada como de suspensión de derechos, cuando menos en lo

y las medidas o consecuencias necesarias solo podía salvarse desde el punto de vista más garantista, esto es, primando las segundas sobre el primero. De ahí que dado que las medidas exigidas (pues era imprescindible adoptarlas) eran las propias del estado cuya declaración se rodea de más garantías, el estado de excepción (al margen del estado de sitio), lo único que cabía era la declaración de dicho estado. Ello, no puede olvidarse, hubiera supuesto, frente a lo que a veces uno sorprendentemente lee u oye, unas mayores garantías para los ciudadanos, pues hubiera obligado a una intervención inicial, desde el minuto uno, del Parlamento.

No puedo entrar aquí en al análisis pormenorizado de las razones que en derecho avalan la tesis defendida, por lo demás, mucho mejor expuestas por el Tribunal Constitucional[9]. La principal es la referida a que el confinamiento suponía una suspensión de la libertad de circulación, debido a su intensidad y a su aplicación a la generalidad de la población. Pero además existen otra serie de datos o argumentos que vienen a evidenciar que nos hallábamos ante el estado equivocado. Lo resumiré sumariamente:

– Frente a lo que se ha afirmado, la Ley Orgánica 4/1981 no acoge un modelo íntegramente no gradualista. Así, si bien los presupuestos de hecho de cada estado excepcional parecen en principio compartimentos estancos, la propia Ley Orgánica lo desmiente cuando permite (art. 28) que durante la vigencia de un estado de excepción puedan adoptarse medidas propias del estado de alarma; con mayor razón cabría el camino inverso, esto es, una situación

referido a la libertad de circulación del art. 19, de la Norma Fundamental, afectándose, el contenido esencial del derecho mencionado. Dicha tesis (avalada por el Tribunal Constitucional en su STC de 14 de julio de 2021) fue y es sostenida, con mayores o menores matices, por diversos autores entre los que cabe destacar a Álvarez García, Amoedo Souto, Aragón Reyes, Cotino Hueso, Díaz Revorio, Presno Linera o Vera Santos. Frente a esta posición, otro sector doctrinal señaló que no nos hallábamos ante una suspensión general de derechos, sino en el ámbito de medidas restrictivas que encajarían en las posibles a adoptar en el marco del estado de alarma. En el mismo se inscriben autores como Bacigalupo, De la Quadra Salcedo, Lozano Cutanda o Velasco Caballero (Un resumen de las posiciones doctrinales en Cuenca, 2021: 301-302).

9 La referida STC 148/2021 concluyó que la declaración del estado de alarma había vulnerado la libertad de circulación y de residencia (art. 19 CE) al suponer una auténtica suspensión de tales derechos (FJ 5), no permitida para tal estado por la Carta Magna. En este sentido, el Tribunal señala que lo pertinente para la adopción de tales medidas hubiera sido la declaración de un estado de excepción (FJ 11): *«Así las cosas, resulta claro que, aunque la causa primera de la perturbación sea una epidemia (lo que sin duda justifica el recuso al estado de alarma ex art. 4 b) LOAES), la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un estado de excepción. Cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas dimensiones desconocidas y, desde luego imprevisible para el legislador… puede decirse que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa… En definitiva, tal situación hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que implique una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el FJ 5) de los derechos aquí considerados. Lo cual hubiera exigido la previa autorización del Congreso de los Diputados prevista en el art. 116.1».* Para el análisis de la sentencia véase Presno, 2021: 129-197.

inicial de alarma que desembocara por su gravedad en la declaración de un estado de excepción.

– En relación con lo apuntado, el propio presupuesto de hecho vivido en la pandemia encajaba sin dificultades mayores en los presupuestos del estado de excepción, pues en la Ley Orgánica 4/1981 se señala (art. 13) que toda alteración grave en el ejercicio de las libertades o en el normal el funcionamiento de los poderes públicos puede dar lugar a dicho estado, es evidente que la pandemia, no solo las medidas exigidas por la misma, implicaba tales consecuencias: no suponía solo una crisis sanitaria, sino una auténtica crisis de nuestro modelo de convivencia. Por lo demás, la solución indicada es la que contempla expresamente la legislación portuguesa y la que permitió al Gobierno y al Parlamento lusos transitar de un estado a otro en función de la gravedad de la amenaza[10].

Por otra parte, junto a los apuntados, podrían señalarse argumentos indiciarios que sostendrían que la situación vivida exigía consustancialmente la declaración del estado de excepción, pues la misma conllevaba medidas propias de este, no solo, entre ellas, el confinamiento domiciliario de la población. Cabe citar dos ejemplos:

- El primero, evidenciado, sin embargo, no en el primer estado de alarma, sino con posterioridad, en el otoño-invierno de 2020, es el relativo al control policial, o si se quiere administrativo del cumplimiento de la medida consistente en la prohibición de que concurrieran más de un determinado número de personas no convivientes en un domicilio, así como en la del toque de queda, extensible también a la propia del confinamiento en los domicilios. Como es conocido, se sucedieron diversos episodios en los que la policía pretendió irrumpir en algunos domicilios para comprobar el cumplimiento de las medidas indicadas. En términos estrictamente jurídicos (otra cuestión son las consideraciones cívicas e incluso morales que nos pueda merecer el comportamiento de los que allí se hallaban) dicha entrada no era admisible sin autorización judicial, dado que no se estaba cometiendo un flagrante delito. La propia naturaleza de las medidas señaladas nos estaría ya indicando que las mismas solo pueden adoptarse en el marco del estado de excepción, pues su control o comprobación exige actuaciones, la entrada policial en domicilios sin autorización judicial, solo posibles en el estado de excepción y en ningún caso en el de alarma.
- Como segundo ejemplo, cabe traer a colación, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, el necesario aplazamiento de dos comicios

10 La Constitución portuguesa (art.19.3) acoge la referida concepción gradualista al contemplar la declaración del estado de excepción cuando las condiciones que hayan dado lugar al de emergencia se agraven.

autonómicos programados inicialmente para el mes de abril de 2020. Pues bien, hubo que recurrir a soluciones imaginativas y extralegales o extraconstitucionales para aplazarlas, pues nuestra legislación no prevé dicha posibilidad (Sánchez, 2021; Vidal, 2020). De hecho, solo la contempla respecto a los referéndums (no a elecciones) y solo en los casos de estado de excepción (o sitio) y no para el supuesto de estado de alarma. Ambos ejemplos, como pueden comprobar, son muy reveladores de lo aquí defendido.

Al margen del que sin duda ha ocupado más páginas mediáticas y doctrinales, otros aspectos también han sido objeto de controversia. Si bien contamos con el rico bagaje que supone un derecho previo de excepción, lo que eliminó muchas posibles incertidumbres, no cabe desconocer que en determinados momentos proliferaron los preceptos y conceptos indeterminados o remisiones prácticamente en blanco contenidos en los decretos habilitantes del estado de alarma o sus prórrogas. Los decretos permitían la mutabilidad de las medidas a adoptar, dejando en algunos casos excesivos márgenes de apreciación, suponiendo las modificaciones permitidas una auténtica novación de los propios decretos del estado de alarma y, lo que es más relevante, de los términos en los que el Congreso otorgara su autorización a las concretas prórrogas solicitadas. Esta consideración es aplicable también a los presupuestos de hecho habilitantes de las medidas, en particular en el denominado periodo de desescalada, en el que se establecieron sucesivas fases que implicaban diferentes medidas graduadas en su intensidad en función de la situación en que se encontrara el territorio afectado, sin que en los decretos de prórroga del estado de alarma se explicitara el régimen jurídico anudado a las diferentes fases y sin que se establecieran en los mismos los criterios o parámetros que determinaran la inserción en una u otra fase, remitiéndose para ambos extremos al denominado Plan de Desescalada. Es más, de hecho, dicho plan de desescalada, aprobado en Consejo de Ministros, nunca fue publicado en el BOE, colgándose, en cambio, en la web del ejecutivo[11].

Particular atención ha de ponerse en las que podríamos considerar fases intermedias, entre las dos alarmas (en realidad fueron tres si sumamos la circunscrita a la Comunidad de Madrid). Levantado el estado de alarma, fueron las Comunidades Autónomas las que, ante el repunte de casos (en el verano de 2020) tuvieron que adoptar medidas sin el paraguas de dicho estado. Tales medidas incluyeron en algunos casos toques de queda o confinamientos perimetrales de determinados municipios o zonas de aquellos. En un primer momento, se pensó que la legislación sanitaria podría servir de soporte jurídico para las mismas, pero, ante la proliferación de resoluciones judiciales

11 Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020.

que recalcaron la insuficiencia de aquella, se aprobó de manera exprés una reforma de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa en la que se habilitaba a las Comunidades a adoptar tales medidas con carácter general previa ratificación de las mismas por los TSJCA[12] (también se previeron a nivel nacional). Con todo, si bien la mayoría de TSJCA autorizaron tales medidas, no faltaron algunas resoluciones denegatorias, suscitándose serias dudas sobre la constitucionalidad del precepto introducido, pues, como también pude señalar en esos días, la reforma legal suponía colocar al poder judicial en una posición que constitucionalmente le es ajena. Como es sabido, este es un poder reactivo y no valida disposiciones generales emanadas de los otros dos poderes antes de su entrada en vigor (Enríquez, 2020)[13]. De hecho, la sentencia 72/2022 del Tribunal Constitucional ha venido a confirmar tales dudas declarando inconstitucional la referida reforma legal.

Precisamente, el protagonismo de las comunidades autónomas durante la vigencia de los estados de alarma y, sobre todo, en los períodos intermedios, ha sido uno de los elementos más destacados en la gestión de la crisis (Saénz, 2021: 375-398). Siendo las comunidades autónomas las principales gestoras de servicios públicos esenciales de nuestra realidad cotidiana, entre ellos el sanitario (también el educativo), no es de extrañar y, a priori, respondería en buena medida a la lógica del sistema. Con todo, la heterogeneidad en la respuesta ofrecida, en algunos casos excesiva, no pudo, sino provocar cierta incomprensión, cuando no desconcierto, entre los ciudadanos, que contemplaban muy diferentes regulaciones o medidas ante un fenómeno, como la epidemia, que no conocía de límites o fronteras administrativas. En relación con ello, si el concepto novedoso de la cogobernanza entrañó sin duda alguna elementos positivos, como el engranaje de los mecanismos de coordinación previstos por el sistema; sin embargo, en algunos aspectos se echó en falta una más inmediata dirección desde el ámbito nacional, llegándose incluso a extravasar la letra de la Ley Orgánica 4/1981 al hacerse recaer la condición de autoridad delegada del estado de alarma en los presidentes de las Comunidades Autónomas a pesar de que el presupuesto de hecho del mismo excedía con creces el exclusivo ámbito territorial de una Comunidad[14].

12 Mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre se introdujo un nuevo apartado 8 en el art. 10 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por el que se establecía que «conocerán de la autorización judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente».

13 Nos hallábamos ante una disposición general y no un acto administrativo, ya que se trataba de medidas que no se agotaban con su cumplimiento, sino que tenían vocación de permanencia.

14 El art. 7 de la Ley Orgánica 4/1981 es claro al respecto al disponer que «a los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno, o por delegación de este, el presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte *exclusivamente* a todo o parte del territorio de una Comunidad».

Lo señalado cobra más relevancia si se tiene en cuenta que algunas de las medidas adoptadas sin el paraguas del estado de alarma llegaron a suponer una intensa intervención en los derechos fundamentales. Así, cabe destacar el caso de la ciudad de Ourense, en donde la Comunidad Autónoma llegó a prohibir la presencia en espacios públicos y privados de más de diez personas[15], cifra que más adelante sería rebajada a cinco, añadiéndose que tales grupos solo podían ser de convivientes en un mismo domicilio[16] (medida que, posteriormente, con mayores o menores variaciones, fue replicada por otras Comunidades Autónomas). Ya con el paraguas del segundo-tercer estado de alarma, el Decreto 178/2020 del presidente de la *Xunta* ampliaría a otros municipios de la Comunidad el ámbito de aplicación de las restricciones comentadas, subrayando que los grupos «permitidos» debían estar integrados solamente por convivientes, frente a lo establecido con carácter general por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que no establecía tal limitación «cualitativa» (sí la «cuantitativa») en relación con las reuniones (el Real Decreto 926/2020 no circunscribía a convivientes los posibles integrantes de los grupos de personas que podían reunirse en espacios públicos o en domicilios). Las medidas adoptadas tenían como consecuencia que la libertad de relación del individuo con otras personas apareciera muy intensamente afectada. Piénsese que la regulación gallega impedía coincidir en espacios públicos o privados a personas que, por ejemplo, mantuviesen una relación afectiva, pero no convivieran, afectando con más rigor si cabe a las personas que vivían solas, quienes no podían relacionarse con otras en espacios físicos, más allá del ámbito laboral.

Finalmente, ha de hacerse balance de la actuación de otros poderes públicos, cuyo funcionamiento, tal y como prescribe el artículo 116 de nuestra Norma Fundamental, no puede interrumpirse durante la vigencia de alguno de los estados excepcionales. Ello es particularmente predicable respecto del Parlamento. Todos conocemos lo que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar al respecto en las tres sentencias en donde abordara la cuestión. Reconociendo las dificultades que en relación con la movilidad y otros aspectos existían en las horas más duras de la pandemia, lo cierto es que, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina, el Parlamento ha jugado un papel cuando menos difuminado. Y si bien debe reconocerse que la perentoriedad en la adopción de medidas de necesidad no casa fácilmente con los tiempos ordinarios del Parlamento, ello no obsta para concluir que es precisamente con ocasión de la excepción cuando este ha de estar más activo (en relación con la actuación de las Cámaras españolas durante la

15 Orden de la *Consellería* de Sanidad de la *Xunta* de Galicia de 2 de septiembre de 2020.

16 Orden de la *Consellería* de Sanidad de la *Xunta* de Galicia de 2 de octubre de 2020.

pandemia: García, 2020: 271-308; Tudela, 2021: 225-260). Baste un ejemplo, la autorización parlamentaria de las prórrogas de los estados de alarma se adoptaron en plenos de muy escasa duración[17], mientras que en otros Parlamentos de nuestro entorno la autorización de medidas dio lugar a debates que incluso se prolongaron durante varios días (caso francés, por ejemplo). Ello no debe achacarse exclusivamente a la mayoría que sostiene al gobierno, como demostraría el escaso número de propuestas de resolución (equivalentes a enmiendas) presentadas, demostrativo más del menguante papel de la institución parlamentaria en nuestros tiempos que de una supuesta unanimidad respecto a las medidas a adoptar. Por otra parte, la propia aprobación por el Parlamento de una prórroga nada más y nada menos que de seis meses de duración no vendría, sino a confirmar lo apuntado, siendo el propio Tribunal Constitucional quien ha señalado la inadmisibilidad constitucional de un plazo tan dilatado. Sobre esta cuestión volveremos a continuación al abordar las perspectivas de reforma.

3. Si bien nuestro derecho de excepción, tal y como se ha señalado, ha cumplido con creces su función, no por ello ha de dejar de mejorarse sustancialmente, dado que, como se ha comprobado, existen aspectos del mismo que deben recoger las enseñanzas obtenidas de la pasada crisis pandémica. En este sentido, no debe olvidarse que hemos operado con un material quirúrgico de hace cuarenta años, debiendo adaptarse nuestro derecho de excepción a las circunstancias de un mundo globalizado como el actual y a las inmensas posibilidades que la técnica nos brinda hoy, inexistentes hace cuatro décadas.

La primera cuestión que debe abordarse es la atinente a si sería suficiente para afrontar en el futuro situaciones como la vivida, el reformar nuestra legislación sanitaria y, en concreto, la relativa a las medidas extraordinarias

17 Teniendo en cuenta la trascendencia de la situación y de las medidas a adoptar. La sesión plenaria del Congreso en la que el Gobierno, en cumplimiento de la Constitución española, informó al mismo de la declaración del estado de alarma duró apenas cinco horas (de 9:30 a 13:50 h. del 18 de marzo de 2020), mientras que la siguiente sesión en la que tramitó la autorización de la primera prórroga del estado de alarma duró casi once horas (desde las 15:00 del 25 de marzo hasta la 1:55 del día siguiente). En Francia la aprobación de la legislación específica para hacer frente al COVID-19 se tramitó en las Cámaras durante cuatro días. Por lo que respecta a las sesiones plenarias, el 19 de marzo la Asamblea Nacional sesionó entre las 9 y las 22 h., mientras que el Senado lo hizo entre las 14:55 y las 4:10 h. del día siguiente. La sesión plenaria de la Asamblea del 21 de marzo puede calificarse de maratoniana, dividiéndose en tres partes (con breves lapsos entre las mismas) y extendiéndose desde las 9:30 h. a las 3:40 h. del día siguiente, domingo, día en el que volvieron a reunirse ambas Cámaras para la aprobación definitiva del proyecto.

con las que combatir enfermedades contagiosas[18]. Sabido es que en su regulación actual, tal y como han declarado reiteradas sentencias, dicho marco es insuficiente. En este sentido, se ha defendido desde determinadas tribunas la conveniencia de tal reforma y, lo que aquí nos importa, la idoneidad de tal vía, sin necesidad de modificar otras normas. No obstante, la suficiencia de una reforma como la señalada, de cara a afrontar en el futuro situaciones como la vivida, se antoja a todas luces rechazable. Y ello no hay que olvidar que el constituyente español de 1978 estableció que todas aquellas situaciones de crisis en las que, por su gravedad, fuera necesario suspender derechos fundamentales, habrían de afrontarse a través del cauce proporcionado por el derecho de excepción (en concreto, los estados de excepción y de sitio) y fuera de tal marco, por tanto, es imposible decretar medidas de tal alcance. Más aún, el propio constituyente (al igual que efectúa en relación con otras cuestiones como las fuerzas y cuerpos de seguridad o el derecho electoral) reserva la regulación de la excepción a una ley orgánica concreta, no pudiendo ninguna otra norma regular aspectos de la misma. Por otra parte, como se ha indicado, no se alcanza a comprender las posiciones que preconizan exclusivamente la modificación de nuestra legislación sanitaria, ofreciendo una vía que, si bien puede ser más rápida que la actualmente proporcionada por el art. 116 Constitución española y la Ley Orgánica 4/1981, sin embargo, ofrece menos garantías.

Lo acabado de indicar enlaza con lo que se señalara al principio de esta exposición: el derecho de excepción constituye un rico bagaje, ergo utilicémoslo cuando se den las circunstancias para ello[19]. Lo que no puede admitirse, en ningún caso, es la banalización de la excepción y esta puede producirse por dos vías o caminos inversos. Así, se banaliza la excepción cuando se declaran estados excepcionales sin que concurran verdaderamente los requisitos o presupuestos habilitantes para ello, con los peligros que esto encierra en cuanto puerta abierta a dictaduras más que comisorias. Pero, por otra parte, también se banaliza la excepción, cuando se adoptan medidas propias de esta, es decir, gravemente limitativas de los derechos ciudadanos, sin acudir a los instrumentos formales diseñados de antemano, esto es, a algunos de los estados excepcionales constitucionalmente previstos, obviándose (o eludiéndose, como se quiera), por tanto, las garantías que estos necesariamente contienen

18 Así, como regulaciones constitutivas de dicho marco destacan la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y, en especial, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales Sanitarias.

19 Como bien señala Fernández de Casadevante, «lo que de verdad urge es acabar con el actual estado de estigmatización existente en torno al artículo 116 CE, como si su aplicación supusiera una amenaza para la supervivencia del orden constitucional, cuando es precisamente lo contrario» (Fernández, 2021: 383).

y de las que otros instrumentos carecen (intervención del Parlamento, límites constitucionales respecto a derechos afectados, etc.).

Así pues, será la Ley Orgánica 4/1981 o la propia Constitución las normas que deban reformarse si se quiere *aggiornar* nuestra respuesta a eventuales situaciones excepcionales. Qué duda cabe que existen determinados aspectos que solo una modificación de la Norma Fundamental podría introducir, como sería el caso de un estado de alarma que permitiera la suspensión general de ciertos derechos y libertades. Con todo, pudiendo ser esta la vía preferible en relación con determinadas cuestiones, sin embargo, no se nos escapan las dificultades políticas que toda modificación de nuestra Constitución reviste en la actualidad: y ya no solo por cuanto que una modificación del artículo 55 de la Constitución española requeriría seguramente proseguir el arduo camino del procedimiento de reforma agravado del artículo 168 Constitución española (aunque esta es una cuestión no cerrada que plantea interesantes interrogantes jurídico-constitucionales), sino también por la realidad político-partidista imperante en España desde hace unos años que hace muy difícil la obtención de ciertos consensos. Por todo ello, parece como opción preferible, por su mayor sencillez (aunque con ciertos límites frente a la constitucional) reformar la Ley Orgánica 4/1981. Repasemos a continuación algunos de los aspectos susceptibles de modificación.

- Sin duda, una de las modificaciones más urgentes es la relativa a poner fin a la discordancia puesta de manifiesto en la última pandemia, ya comentada, de tal manera que se estableciera expresamente la posibilidad de suspender derechos con carácter general ante una situación como la vivida, de enfermedad contagiosa. En este sentido, una opción sería, como se ha indicado con anterioridad, reformar la Constitución española para establecer tal posibilidad dentro del estado de alarma. La otra opción es modificar solo la Ley Orgánica 4/1981. Así, podría establecerse de manera expresa como presupuesto de hecho del estado de excepción las pandemias que por su gravedad no pudieran afrontarse mediante el estado de alarma, aunque esta opción mantendría una denominación para este supuesto, el estado de excepción, de la que parece querer huirse[20]. Por ello, podría resultar más viable modificar la ley orgánica, de tal manera que dentro del estado de excepción se creara una suerte de subestado al que podría denominarse de excepción sanitaria o de emergencia sanitaria, para distinguirla del supuesto general establecido hoy en dicho cuerpo legal.

20 Efectivamente, parece existir un prurito incomprensible, por escapar a tal denominación, quizás por el recuerdo de su utilización frecuente bajo el régimen dictatorial franquista.

En relación con lo apuntado, debería aprovecharse la reforma para establecer dentro de ese nuevo sub-estado (dentro del estado de excepción) una nueva lista de medidas que pueden adoptarse bajo su vigencia, recogiendo así «novedades» como los confinamientos domiciliarios, las burbujas de convivencia, los cierres perimetrales, los toques de queda, las limitaciones en relación con las reuniones en espacios públicos, limitaciones en la actividad comercial, etc. Por otra parte, debería ponerse fin a la cuestión de los plazos, de tal manera que se concretara la duración de las prórrogas de los estados de alarma, esto es, por períodos de quince días u otros (no cabiendo, en ningún caso, plazos extensos como el de seis meses), así como, en relación con el estado de excepción, la explicitación de que, vencida su única prórroga contemplada constitucionalmente, sea posible declarar otro estado de excepción (Cruz, 2021: 91) o incluso (mediante reforma constitucional en este caso) la previsión de posibles prórrogas adicionales.

- En relación con el papel del Parlamento, ya se ha indicado que el mismo se nos antoja crucial, tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia reciente. Si la excepción supone y requiere necesariamente la concentración de poderes en el Ejecutivo, ha de ser especialmente vigilante por la instancia llamada a ello. La experiencia histórica es bien elocuente al respecto, bastando citar el precedente de la utilización del artículo 48 de la Constitución durante la República de Weimar (Loewenstein, 1983: 288-289). Por esta razón, no coincido con aquellas posiciones que abogan por una reforma constitucional del estado de alarma que acoja medidas como la suspensión de derechos o una reforma para establecer un estado de emergencia sanitaria como estado excepcional específico, con un régimen similar en cuanto a su declaración al de alarma, de tal manera que el Congreso solo interviniera en la eventual prórroga del mismo. Se aduce, para ello, el hecho de que en situaciones de emergencia absoluta no puede esperarse a que el Parlamento adopte medidas imperiosas, dado que los tiempos de este no son inmediatos. Se citan así artículos como los de la Ley Fundamental de Bonn en relación con el estado de guerra o incluso reformas constitucionales habidas en latitudes tan distantes como Angola. Sinceramente, creo que no se trata de una cuestión de tiempos[21]. Los medios tecnológicos permiten hoy en día una intervención inicial del Congreso expeditiva de cara a

21 No se alcanza a comprender aquellas posiciones contrarias a una eventual incardinación de la respuesta a una pandemia como la vivida bajo el estado de excepción, con el argumento de que la necesaria autorización previa por el Congreso de los Diputados dificultaría una respuesta rápida ante una situación de crisis que requiriese una actuación inmediata. Y ello por cuanto que tal consideración sería predicable de todos los presupuestos fácticos habilitantes de los estados de excepción y sitio, sin que se cuestione respecto a los mismos la necesidad de acudir previamente al Parlamento. Así, sería tan perentorio actuar contra una pandemia como contra una agresión armada exterior o interior (presupuesto del estado de sitio) que pusiera en peligro la vida de miles de personas.

autorizar unas medidas que por su gravedad e intensidad en nuestras vidas requieren un pronunciamiento ex ante del órgano representativo del demos. Es más, la cita de la pasada pandemia no resulta, cuando menos, relevante al respecto (por decirlo en términos eufemísticos), ya que no se trató de una emergencia de aparición súbita: baste recordar que en todos los casos se venía hablando de manera pública por los responsables políticos de la conveniencia de declarar los estados de alarma y sus prórrogas, transcurriendo varios días antes de que ello se produjera.

En cualquier caso, se han de establecer cauces para que las Cortes Generales (no solo el Congreso, como después indicaré) cumplan adecuadamente con el mandato que el constituyente les impone ante situaciones excepcionales. Ya hemos hecho referencia a la articulación y reconocimiento formal de los medios telemáticos en los supuestos de absoluta urgencia (no en otros, pues aquí también debe haber límites) que aseguraran en tales casos la posibilidad de celebrar de manera casi inmediata una reunión, si no de los plenos, sí al menos de un órgano parlamentario representativo de todos los grupos que asumiera las funciones parlamentarias en dicho momento inicial. Por otra parte, se han de articular tiempos más prolongados de debate, así como el establecimiento de comparecencias obligatorias con una periodicidad mínima, tanto en pleno como en comisión. Aquí no caben excusas, pues no estamos ante un órgano cualquiera. Cabe recordar al respecto cómo en situaciones también límite, como fue el terrible conflicto de la Segunda Guerra Mundial, en las horas más oscuras, el Parlamento británico mantuvo su actividad (incluso mudándose de sede debido a los bombardeos). Un detalle, en la sesión de los Comunes, en la que Churchill, ante la inminente caída de Francia, pronuncia su célebre discurso «lucharemos en las playas […]», cuando el país se quedaba solo ante la imparable maquinaria bélica de Hitler, tras la dramática alocución del Premier, compareció en la Cámara el director de Correos para dar cuenta de la actuación de su departamento[22]. Otro ejemplo no tan dramático, pero revelador de lo afirmado, es la constitución en el Senado estadounidense en pleno esfuerzo bélico de una Comisión de «semi-investigación», presidida por el que posteriormente sería vicepresidente y presidente Harry S. Truman, para supervisar e investigar las deficiencias

22 Sesión de 4 de junio de 1940. Disponible en: https://hansard.parliament.uk/Commons/1940-06-04/debates/fe09f2d0-e276-435b-8693-33de9aebde2a/CommonsChamber. Las primeras palabras del célebre discurso del *Premier* se pronunciaron a las 15:40h. A las 16:20 h. comenzó la comparecencia del *general post master.*

en tal esfuerzo, especialmente desde el punto de vista industrial y logístico (McCullough, 1992: 253-291)[23].

- Otra reforma de la Ley Orgánica 4/1981 que debería acometerse es la conducente a reconocer el papel de las comunidades autónomas, derivado del ejercicio de sus competencias, en los estados excepcionales. Efectivamente, en 1981, cuando se reguló con detalle nuestra excepción, el Estado autonómico estaba aún en su más tierna infancia, debiendo adaptarse también esta rama del ordenamiento a dicha realidad, hoy consolidada. Con todo, no debe olvidarse que ante situaciones de alcance nacional deben explicitarse y, en su caso, reforzarse, los mecanismos de coordinación (no solo de cooperación) interadministrativa y las facultades directivas del Estado para garantizar una mínima homogeneidad en las respuestas que se den. Por otra parte, el reconocimiento del rol a jugar por las comunidades autónomas debe ir indefectiblemente acompañado por una regulación (hoy casi inexistente, habiéndose puesto de manifiesto en la pasada pandemia la importante laguna al respecto) del control parlamentario sobre las medidas adoptadas por los ejecutivos autonómicos en el marco de los estados excepcionales. Dicho control se ejercería por los propios parlamentos autonómicos, pudiendo acompañarse, en los supuestos, por ejemplo, en que los presidentes autonómicos ejercieran como autoridad delegada del Estado, de un control llevado a cabo por el Senado, que daría así un importante paso en su verdadera conformación como cámara de representación territorial.
- Otro aspecto que requiere sin duda de regulación expresa y, añadiríamos, urgente, es el relativo a la incidencia de los estados excepcionales en los procesos electorales. La solución dada a los casos gallego y vasco, con ser la única posible en las circunstancias imperantes, carecía de apoyo normativo. Para evitar posibles situaciones conflictivas en el futuro en un ámbito tan sensible, sería necesario establecer tal posibilidad de aplazamiento, aunque eso sí, rodeada de las más relevantes garantías: un acuerdo político amplio, ratificación por 2/3 o 3/5 de los plenos (si estos siguen todavía activos) o de las diputaciones permanentes de los parlamentos afectados y, quizás, podría ser conveniente un dictamen favorable de la Junta Electoral Central o del propio Tribunal Constitucional. Esta opción quizás fuera preferible a la otra posible: prohibir la celebración de elecciones durante tales períodos, como recoge nuestra legislación en relación con los referéndums (extendiéndolo a los noventa días posteriores al levantamiento de la excepción)[24], si bien

23 *Senate Special Committee to Investigate the National Defense Program* (S. R71, 1941), conocido desde su creación como «Comisión Truman».

24 El art. 4.1 de la Ley Orgánica 2/1980, de 8 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de

esta alternativa encuentra inconvenientes, entre ellos el no menor del peligro de una posible instrumentalización política con el fin de extender artificialmente el mandato o la ocupación del poder, y el hecho de que con mucha seguridad requeriría una modificación de la propia Constitución, de los Estatutos y en todo caso de la LOREG, con las dificultades que ello conlleva, ya apuntadas con anterioridad.

- Por otra parte, una medida absolutamente necesaria, dada la experiencia vivida, es la de introducir un recurso especial ante el Tribunal Constitucional para el control de la declaración o las prórrogas de los estados excepcionales, actos con fuerza de ley, solo controlables por el mismo. Dicho recurso especial debería tener unos plazos expeditivos o acelerados para su resolución, dada la extrema relevancia de las medidas a controlar, siendo su rapidez similar a la existente ya en otros procedimientos, como, por ejemplo, el denominado recurso de amparo electoral, caracterizado por unos agilísimos plazos de tramitación y resolución, habiendo dado resultados exitosos en nuestro ordenamiento[25]. El hecho de que el máximo intérprete de nuestra Constitución haya tardado casi año y medio, dos en otros casos, en pronunciarse sobre las normas más relevantes aprobadas en la pandemia, no puede volver a repetirse, no es admisible en un país que se quiere calificar como plenamente democrático.
- Existen otros aspectos de los que hemos podido extraer algunas lecciones en cuanto a su mejor formulación legal en un futuro. Así, se ha de regular con cierto detalle, ante el preocupante vacío existente en la actualidad, el derecho sancionador en la excepción (Cano, 2020: 303-318; Amoedo, 2021: 66-77). De otro lado, podrían ya anticiparse las modulaciones que ciertas normas de nuestro ordenamiento, principalmente administrativas, sufrirían en situaciones excepcionales: así, por ejemplo, en materia de procedimientos administrativos, contratación pública o en relación con

referéndum establece que «no podrá celebrarse referéndum en ninguna de sus modalidades durante la vigencia de los estados de excepción y sitio en alguno de los ámbitos territoriales en que se realiza la consulta o en los noventa días posteriores a levantamiento», añadiendo que «si en la fecha de declaración de dichos estados estuviere convocado un referéndum, quedará suspendida su celebración, que deberá ser objeto de nueva convocatoria».

25 Como es sabido, el denominado recurso de amparo electoral aparece regulado en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, contando con dos modalidades en función del objeto del recurso. Así, se prevé frente a los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatos (art. 49. 3 y 4 LOREG) así como contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y la elección y proclamación de los presidentes de las corporaciones locales (art. 114.2 LOREG). Precedido del correspondiente recurso en vía contenciosa, el recurso de amparo es resuelto por el Tribunal Constitucional en un plazo de tres días, en el caso de los interpuestos frente a la proclamación de candidatos, y de quince en aquellos presentados contra la proclamación de electos.

el funcionamiento de nuestros juzgados y tribunales. Igualmente, podría recogerse más ampliamente el rol a jugar por las Fuerzas Armadas, tal y como ha puesto de relieve su más que encomiable actuación en la pasada pandemia, en especial, en sus horas más duras.

- Cabe recordar que la pandemia no ha sido la vez primera en que se ha aplicado el mecanismo del artículo 116 de la Constitución en nuestra experiencia constitucional. Aunque un sector de la doctrina señaló en su día otras situaciones en las que debiera haberse aplicado, como el 23F (aunque aquí era fácticamente imposible), o los atentados del 11 de marzo de 2004, fue con ocasión de la denominada crisis de los controladores cuando se produjo el estreno democrático de nuestros estados excepcionales. También de la misma extrajimos lecciones que hoy deben ser abordadas. La crisis se solucionó muy eficazmente, aunque no por ello dejaron de suscitarse dudas en un amplio sector doctrinal en relación con algunos extremos (Delgado y Vidal, 2011: 243-263; Sieira, 2018: 361-393). De este modo, podría aprovecharse la reforma para abordar aspectos como la incidencia de determinadas huelgas ilegales que paralizasen servicios públicos esenciales, siendo este un punto muy controvertido, o, como complemento de nuestra legislación de protección civil o de la militar, el régimen de movilización imperante. Lo mismo podría predicarse del estado de sitio (véase Cruz, 1980; Fernández, 1986: 217-230; Garrido, 2007: 107-142), cuya regulación requeriría un acomodo a las circunstancias actuales, como, por ejemplo, el nuevo carácter de los eventuales conflictos bélicos en la tercera década del siglo XXI, como desgraciadamente hemos comprobado en Ucrania. Baste otro ejemplo: los ciberataques a instalaciones y servicios esenciales de un país no aparecen como tales contemplados en los presupuestos fácticos de los estados excepcionales.

4. Las propuestas acabadas de exponer y cualquier otra reforma de nuestro derecho de excepción, han de ser abordados desde el más amplio consenso y es precisamente aquí y ahora cuando hay abierta una ventana de oportunidad para ello. Hemos superado con éxito la pasada y terrible crisis, pero aún tenemos presentes los dramáticos desafíos, también jurídicos, que nos ha planteado. La doctrina y el propio Tribunal Constitucional, han elaborado interesantes construcciones y propuestas al respecto. Es la hora, pues, de abordar *sine ira et estudio*, como decían los clásicos, la puesta al día de nuestro derecho de excepción. Y todo ello sabiendo que el resultado distará mucho de ser perfecto, siendo conscientes de que por la propia naturaleza

del objeto regulado habrá ámbitos a donde el derecho no pueda llegar con toda su intensidad. Pero hemos de atrevernos de nuevo a mirar lo impensable a los ojos, asomarnos a lo desconocido y, sobre todo, a nuestros peores miedos. Solo así podremos estar preparados para cuando estos se hagan realidad. Mirar para otro lado, algo desgraciadamente tan de moda en nuestros días, tratar de olvidar cuanto antes la pesadilla vivida, no puede ser una opción. No lo fue para los que antes que nosotros vivieron situaciones semejantes. Y el Derecho, una vez más, tiene un papel capital a jugar.

El derecho de excepción es un elemento sumamente delicado, pero imprescindible. Bien puede decirse que es similar a la radioterapia: ha de emplearse con la máxima precaución y garantías, pero es necesaria para curar una grave amenaza para la vida del paciente. Los riesgos no pueden llevar a desconocer su inevitabilidad en ocasiones. Una de las decisiones más polémicas adoptadas por Abraham Lincoln en su brillante trayectoria política fue la suspensión del *habeas corpus* durante la guerra de secesión. Erastus Corning, ciudadano de Albany, y otros opositores le enviaron una carta condenando airadamente la medida. En la respuesta presidencial, fechada el 12 de junio de 1863, Lincoln señalaría:

> «No puedo apreciar el peligro consistente en que el pueblo americano, por causa de los arrestos militares durante la rebelión, perderá en el pacífico futuro el derecho a la discusión pública, la libertad de debate y prensa, el derecho de prueba, a ser juzgado por un jurado y el habeas corpus, como no soy capaz de creer que un hombre pudiera contraer un apetito tal por los medicamentos vomitivos que le administrasen durante una enfermedad temporal que persistiera en alimentarse de ellos durante el resto de su vida sana».

El malogrado presidente añadía que no podía admitir que no pudieran tomarse medidas graves cuando la Constitución estuviera amenazada, del mismo modo que «no podría rechazar que una droga particular fuera buena para un hombre enfermo por el hecho de que se demostrara que no fuera buena para un hombre sano»[26]. Muchas gracias.

26 Disponible en: https://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/corning.htm

Bibliografía

Alcaraz, H. (2021). El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción? En: Biglino Campos, P. (dir.) y Durán Alba, J. F. (dir.). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada.* Fundación Giménez Abad, pp. 523-544.

Amoedo Souto, C. A. (2020). Vigilar y sancionar el confinamiento forzoso. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 86-87, pp. 66-77.

Amos, M. (2021). Derechos humanos y la pandemia del Covid-19 en el Reino Unido. *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED. 248, pp. 125-152.

Ballbé, M. (1983). *Orden público y militarismo en España.* Madrid, Alianza.

Cano Campos, T. (2020). Las sanciones administrativas: la inseguridad más absoluta. En: *Antes de la próxima pandemia*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 303-318.

Castella Andreu, J. M. (2021). La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del Estado de Derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada. En: Biglino Campos, P. (dir.). y Durán Alba, J. F. (dir.). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada.* Fundación Giménez Abad, pp. 437-464.

Cruz Villalón, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.

— (1981). El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4 (1981, de 1 de junio)). *Revista española de derecho constitucional*. 2, pp. 93-130.

— (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid, Tecnos, pp. 15-91.

Cuenca Miranda, A. (2020a). El Derecho ante el coronavirus, *Diario ABC.* 11 de marzo.

— (2020b). Alarma excepcional. *Papeles de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales*. 236.

— (2021). Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la Covid-19 y el derecho de excepción. En: Garrido López, C. (coord.). *Excepcionalidad y derecho. El estado de alarma en España.* Zaragoza, Fundación Giménez Abad, pp. 295-324.

Delgado Ramos, D. y Vidal Prado, C. (2011). Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 92, pp. 243-263.

Díaz Crego. M. (2021). Uso (y abuso?) del derecho de excepción en los Estados miembros de la Unión Europea durante la pandemia. *Teoría y realidad Constitucional*. UNED. 48, pp. 399-431.

Estimating excess mortality due to Covid-19 pandemic: a systematic analysis of the Covid 19 related mortality, 2020-2021. (2022). *Lancet*. 399.

Enríquez Malavé, G. (2020). Naturaleza jurídica de las medidas sanitarias adoptadas frente al Covid-19: Actos administrativos o disposiciones judiciales? *Diario la ley*. 9.740.

Fernández de Casavante Mayordomo, P. (2021). La crisis de los controladores aéreos y la Covid-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de lege ferenda para el estado de alarma. En: Garrido López, C. (coord.). *Excepcionalidad y derecho. El estado de alarma en España.* Zaragoza, Fundación Giménez Abad, p. 383.

Fernández Segado, F. (1978). *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.

— (1986). La función de las Fuerzas Armadas en el estado de sitio, en el marco de la Constitución de 1978. En: *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*. Ministerio de Educación y Ciencia, pp. 217-230.

Ferraro, L. (2020). Italia y el COVID-19: el orden constitucional puesto a prueba en la emergencia. En: Arnaldo Alcubilla, E. (dir.), Canosa Usera, R. (dir.) y Wolters, K. *El derecho constitucional ante el Covid-19*, p. 341.

García Escudero, P. (2021). La ductilidad del Derecho parlamentario en tiempos de crisis: actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por Covid-19. *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED. 46, pp. 271-308.

Garrido López, C. (2007). Sobre el estado de sitio, su régimen jurídico y el control jurisdiccional de su declaración. *Revista de Derecho Político*. UNED. 68, pp. 107-142.

Gómez Abeja, L. (2020). Los derechos de los menores durante el estado de alarma. En: Cerdeira Bravo, G. (dir.). *Coronavirus y Derecho en estado de alarma.* Madrid, Editorial Reus, pp. 243-264.

Kolling, M. (2021). Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de Covid-19 en Alemania. En: Biglino Campos, P. (dir.) y Durán Alba, J. F. (dir.). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada.* Fundación Giménez Abad, pp. 467-486.

Llano Alonso, F. (2020). Ancianidad y vulnerabilidad en tiempos de pandemia. En: Cerdeira Bravo, G. (dir.). *Coronavirus y Derecho en estado de alarma.* Madrid, Editorial Reus, pp. 123-138.

Loewenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, pp. 288-289.

Marazzita, G. (2021). Constitución italiana y estado de emergencia por Covid-19. *Teoría y realidad Constitucional*. UNED, pp. 153-191.

Mastromarino, M. (2021). La respuesta a la emergencia Covid-19: el caso italiano. En: Biglino Campos, P. (dir.) y Durán Alba, J. F. (dir.). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada.* Fundación Giménez Abad, pp. 545- 566.

McCullough, D. (1992). *Truman.* Simon&Schuster Paperbacks, pp. 253-291.

On the measures taken in the EU Member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights. (2020). Comisión de Venecia. CDL-AD. 018.

Pierré-Caps, S. (2021). Constitución francesa y derecho de excepción. *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED. 48, pp. 103-124.

Presno Linera, M. A. (2021). El estado de alarma en crisis. *Revista de las Cortes Generales*. 111, pp. 129-197.

Sáenz Royo, E. (2021). Estado autonómico y Covid-19, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED. 48, pp. 375-398.

Sánchez Ferro, S. (2021). La respuesta británica frente a la crisis desatada por la Covid-19. En: Biglino Campos, P. (dir.) y Durán Alba, J. F. (dir.). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada.* Fundación Giménez Abad, pp. 487-522.

Sánchez Muñoz, O. (2021). El derecho de sufragio en tiempos de pandemia. En: Biglino Campos, P. (dir.) y Durán Alba, J. F. (dir.). *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada.* Fundación Giménez Abad, pp. 253-277.

Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Madrid, Tecnos, pp. 16-18.

Sieira Mucientes, S. (2018). Los estados excepcionales. *Revista de las Cortes Generales*. 104, pp. 361-393.

Tudela Aranda, J. (2021). Parlamento y estado de alarma. En: Garrido López, C. (coord.). *Excepcionalidad y derecho. El estado de alarma en España.* Zaragoza, Fundación Giménez Abad, pp. 225-260.

Unión Europea. (2020). *CDL-AD 018-e Interim Report on the measures taken in the EU member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights, adopted by the Venice Commission at its 124th Plenary Session (Online, 8-9 October 2020).* Disponible en: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)018-e

Vidal Prado, C. (2020). La celebración de elecciones: una solución controvertida. En: Recuerda Mirela, M. A. (dir.). *Antes de la próxima pandemia*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 211-223.

SISTEMAS AUTÓNOMOS DE ARMAS LETALES. PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y POSICIÓN ESPAÑOLA

1. ¿Qué son los Sistemas Autónomos de Armas (SAA) y los Sistemas Autónomos de Armas Letales (SAAL)?

1.1. Definición

Lo primero que hay que señalar es que no existe todavía en el ámbito internacional una definición aceptada de forma unánime sobre estos conceptos. Tampoco existe una definición de sistema de armas autónomo en la legislación española. El Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, modificado por última vez el 5 de noviembre de 2020, no menciona este tipo de armas.

En la literatura especializada y en las posiciones gubernamentales existen, en cambio, muchas definiciones y clasificaciones de los sistemas de armas autónomos. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) los define como:

> «Las armas que seleccionan y aplican la fuerza a objetivos sin intervención humana. Tras la activación inicial o el lanzamiento ejecutados por una persona, un SAA inicia por sí mismo un ataque en respuesta a la información del entorno recibida a través de sensores y sobre la base de un perfil de objetivo generalizado (indicadores técnicos que funcionan como la representación general de un objetivo).
> En términos sencillos, los SAA son armas que disparan por sí mismas al detectar un objeto o una persona, en un momento y un lugar que el usuario desconoce o no ha seleccionado. De hecho, la diferencia entre un sistema de armas no autónomo y un sistema de armas autónomo radica en si los objetivos son seleccionados por una persona o no».

Sin embargo, esta definición parece demasiado amplia. Otros esfuerzos definitorios y clasificatorios se han basado en la relación del sistema con el ser humano (Harbers, Peeters y Neerincx, 2017; Sharre, 2018; López-Casamayor 2019; Farinella, 2021). Se distingue entre:

- Sistemas de armas semiautónomos: son aquellos que realizan de forma autónoma tareas de observación, identificación e incluso pueden recomendar una decisión, pero no seleccionar el objetivo concreto y atacarlo o ejecutar la decisión sugerida sin la aprobación humana. Por ello se conoce a estos sistemas también como human in the loop weapons.
- Sistemas de armas supervisados: son los que pueden seleccionar objetivos y tomar decisiones y ejecutarlas, pero bajo la supervisión de un operador humano que puede parar su comportamiento. Se les denomina human in the loop weapons.
- Sistemas de armas autónomos: en este caso el sistema de armas es capaz de seleccionar objetivos y tomar decisiones de aplicar la fuerza sin ninguna intervención o interacción humana. Son los human on the loop weapons.

Esta clasificación tampoco resulta suficiente a los efectos que aquí nos interesan. Por el contrario, para poder situarnos en los problemas específicos de responsabilidad por el uso incorrecto de un SAA tenemos que fijarnos en que la esencia de un sistema de inteligencia artificial autónomo se basará en tres ingredientes (Sharre, 2019):

- El primero cosiste en la complejidad de las tareas que es capaz de realizar, relativas a funciones críticas: elegir y atacar objetivos en el caso de los SAA.
- El segundo factor sería el modelo de relación o control del ser humano, tema en el que entrará en juego, como veremos, el criterio del control humano significativo (MHC, por sus siglas en inglés);

- El tercer y más importante de los factores es el relativo a la «inteligencia», es decir, la capacidad de aprender y de adaptar las decisiones a un contexto distinto de aquel para el que ha sido programada, mediante sistemas de aprendizaje como las redes neuronales o el deep learning.

1.2. La inteligencia: procesos de *machine learning*

El problema al que nos enfrentamos a la hora de poder atribuir responsabilidad por los hechos causados por un SAA reside en que, cuando se trata de sistemas de aprendizaje basados en las redes neuronales y el *deep learning*, el programador no es capaz de trazar el proceso interno e identificar las variables tenidas en cuenta por la máquina para llegar a una determinada conclusión. En esos sistemas los desarrolladores diseñan la red y los algoritmos e incluso entrenan al algoritmo, pero, incluso si el proceso de entrenamiento es supervisado, los procesos concretos son difícilmente reproducibles, incluso para los propios desarrolladores y, por tanto, no son predecibles, puesto que son capaces de ir más allá de lo que sus diseñadores han programado (Krishnan, 2021). Por ello es imposible determinar en caso de una decisión errónea la causa del error, ya que existen enormes dificultades para la trazabilidad y en consecuencia para determinar la responsabilidad.
Para que la toma de decisiones por parte del sistema de armas sea predecible tiene que haber sido entrenado con un sistema de inteligencia artificial de tipo explicativo, como la programación genética, los árboles de decisión o las redes bayesianas, o, al menos, con un sistema mixto.

2. Más allá de la ciencia ficción

En la actualidad, la tecnología no ha avanzado todavía lo suficiente para crear máquinas que podamos considerar absolutamente libres, en el sentido en que aplicamos esta cualidad a la capacidad de decisión del ser humano y, en consecuencia, autónomas en un sentido propio. Las máquinas no pueden, todavía, decidir sus propios fines. Probablemente, como pronostica Sharre (2019), si un día llegáramos a construir sistemas de inteligencia artificial capaces de decidir libremente sus propios fines, dejaríamos de llamar autónomos a aquellos a los que hoy en día damos este nombre.
Pero sí existe la tecnología que permite a la máquina aprender por sí misma. Así, como ya se ha mencionado, en determinados procesos de *machine learning,* particularmente las redes neuronales y el *deep learning,* el programador no es capaz de trazar el proceso interno e identificar las variables tenidas en cuenta por la máquina para llegar a una determinada conclusión. Por lo general, se denomina a estos sistemas «autónomos», a pesar de que no pueden elegir

sus propios fines, sino que estos sí les viene dados por el programador (De la Cuesta, 2020).

Por poner un ejemplo de cada clase, aunque no se refiere a sistemas dirigidos contra personas, sino contra otro tipo de objetivos, el sistema israelí Harpy se define como un sistema autónomo, ya que puede merodear durante horas a gran altura en un área seleccionada hasta que detecta un radar enemigo y lo destruye sin intervención humana. En cambio, el Ejército del Aire y del Espacio español opera el misil AGM-65 Maverick, integrado en el EF-18, para la interdicción y supresión de defensas aéreas enemigas. El misil no fija los objetivos por sí mismo, sino que tiene que recibir la información del piloto o del oficial de sistemas de armas, tras lo cual sigue la trayectoria hacia el objetivo de forma autónoma, por lo que se considera un sistema semiautónomo.

Por lo general, se afirma que los sistemas con mayor grado de autonomía existentes en la actualidad se limitan al ámbito puramente defensivo, con funciones y objetivos claramente delimitados. Sin embargo, otros autores citan como ejemplo de SAAL el robot militar surcoreano SGR-A1, aunque existe una gran controversia al respecto. Ello se debe a que en teoría puede elegir sus objetivos concretos de forma autónoma y funcionar como un sistema *human on the loop,* es decir, pudiendo el ser humano desconectar el sistema si fuera necesario; pero, ante las críticas recibidas, su diseñador, la empresa Samsung, defiende que de hecho el robot funciona como sistema *human in the loop* (un ser humano debe dar la orden de disparar). A pesar de todo, lo cierto es que puede afirmarse que la tecnología que permite la existencia de «robots asesinos» ya existe con este modelo (Velez-Green, 2015).

3. Ventajas y desventajas de los SAA

En favor de los sistemas de armas autónomos se han esgrimido ciertos argumentos (Gutiérrez y Cervell, 2013; Arkin, 2014; Etzioni, 2017; Porcelli, 2021; Moliner, 2021), como, por ejemplo:

- Su mayor eficacia en entornos peligrosos.
- El hecho de que evitan la exposición de vidas humanas.
- No están sujetas al influjo de emociones humanas como la ira o el temor, no reaccionan por venganza...
- Incluso, en ocasiones, pueden minimizar el margen de error humano.

Pero, en contra, se han formulado gran cantidad de objeciones, basadas en los numerosos problemas éticos, jurídicos y de seguridad que su uso suscita (Etzioni, 2017; Porcelli, 2021; Jensen y Hickey, 2019; Krishnan, 2021; Amoroso y Tamburrini, 2021). Entre ellos:

- Existen serias dudas sobre la capacidad de que en el uso de esta tecnología se pueda cumplir con los principios fundamentales del DIH (perspectiva ex ante), en particular con el principio de distinción, el de proporcionalidad y el de precaución.
- La posibilidad de acabar con la vida humana a través de un algoritmo supone un grave dilema ético y una seria afectación a la dignidad humana.
- Las exigencias tanto objetivas como subjetivas de la imputación penal harán difícil que cualquier infracción del ius in bello en la utilización de un SAA pueda conllevar una responsabilidad penal.
- La posibilidad de que la utilización de SAA conlleven una escalada en los conflictos armados conduciendo a la llamada «hiperguerra».
- La posibilidad de un uso ilícito por grupos no estatales.
- La posibilidad de hackeo y sus consecuencias.
- El riesgo de que su uso se extienda a conflictos internos, a labores policiales o a tareas de control del orden público.

4. Las tareas de regulación internacional

Entre las labores dirigidas a regular el uso de los SAA destacan, en el ámbito internacional, los trabajos en el ámbito de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados para llegar a una posición común sobre los llamados Sistemas de Armas Autónomos (López-Casamayor, 2019). Y en particular, la tarea del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales (SAAL) (GEG), creado en 2016, y la aprobación, en 2018, de los «Once principios Rectores» para la regulación de este tipo de armas, dirigidos a aprobar una modificación de la Convención, que todavía no se ha producido.
Los once principios a los que España se ha adherido[1] son los siguientes:

1. El derecho internacional humanitario sigue aplicándose plenamente a todos los sistemas de armas, incluido el posible desarrollo y uso de sistemas de armas autónomos letales.

2. El ser humano debe mantener la responsabilidad por las decisiones que se adopten sobre el uso de los sistemas de armas, ya que la obligación de rendir cuentas no puede transferirse a las máquinas. Esa consideración debería tenerse en cuenta durante todo el ciclo de vida del sistema de armas.

1 Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/3856241/files/CCW_MSP_2019_9-ES.pdf

3. La interacción entre el ser humano y la máquina, que puede adoptar diversas formas y puede tener lugar en distintas etapas del ciclo de vida de un arma, debe garantizar que el posible uso de sistemas de armas basados en tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomas letales se ajuste al derecho internacional aplicable, en particular al derecho internacional humanitario. Al determinar la calidad y el alcance de la interacción entre el ser humano y la máquina, deben tenerse en cuenta una serie de factores, incluido el contexto operacional y las características y capacidades del sistema de armas en su conjunto;
4. La rendición de cuentas por el desarrollo, despliegue y empleo de nuevos sistemas de armas en el marco de la Convención debe garantizarse conforme al derecho internacional aplicable, en particular, haciendo que estos sistemas funcionen dentro de una cadena responsable de mando y control humano.
5. De conformidad con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional, cuando se estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o un nuevo medio o método de guerra, habrá que determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el derecho internacional.
6. Al desarrollar o adquirir nuevos sistemas de armas basados en tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomos letales, deberían tenerse en cuenta la seguridad física, las salvaguardias no físicas adecuadas (incluida la ciberseguridad contra la piratería informática o la falsificación de datos), el riesgo de adquisición por grupos terroristas y el riesgo de proliferación.
7. Las evaluaciones de riesgos y las medidas de mitigación deberían formar parte del ciclo de diseño, desarrollo, ensayo y despliegue de tecnologías emergentes en cualquier sistema de armas.
8. Debería considerarse la posibilidad de utilizar las tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomos letales para garantizar el cumplimiento del derecho internacional humanitario y otras obligaciones jurídicas internacionales aplicables.
9. Al elaborar posibles medidas de política, no se deberían antropomorfizar las tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomos letales.
10. Los debates y las posibles medidas de política que se adopten en el contexto de la Convención no deberían obstaculizar el progreso ni el acceso a los usos pacíficos de las tecnologías autónomas inteligentes.

11. La Convención ofrece un marco apropiado para abordar la cuestión de las tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomos letales en el contexto de los objetivos y propósitos de la Convención, que trata de lograr un equilibrio entre las necesidades militares y las consideraciones humanitarias.

También en el ámbito de la Unión Europea[2] se ha trabajado el tema de los sistemas de armas autónomos en diferentes foros, insistiendo en que su desarrollo debe contar con una base ética y jurídica adecuada y que sea acorde con los valores de la UE, a la vez que se insiste en la necesidad de una posición común que garantice el respeto al DIH mediante el criterio del control humano significativo (Lazcoz Moratinos, 2020).

5. La posición española

En mayo de 2019, España presentó su Posición Respecto al Papel de la Ciencia y la Tecnología en el Contexto de la Seguridad Internacional y el Desarme ante la Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas. Estas posiciones nacionales se enmarcaban, a su vez, en los trabajos iniciados con la creación del GEG, ya mencionados, para tratar, en el contexto de los objetivos y propósitos de la Convención de ciertas armas convencionales (CCAC), la problemática que suscitaban las tecnologías emergentes en relación con los sistemas de armas autónomos letales (SAAL).

La posición de España parte de que los sistemas de armas operados por nuestras Fuerzas Armadas en la actualidad siempre permiten la atribución de responsabilidad de su empleo en cada caso a un operador humano y no existen sistemas autónomos que puedan producir efectos letales en los que la responsabilidad plena de su operación no pueda atribuirse a una persona.

2 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inteligencia artificial para Europa. [consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe.
Declaración de la Unión Europea ante la reunión del grupo de expertos gubernamentales sobre sistemas de armas autónomos letales. Ginebra, abril 2018. [consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/43045/group-governmental-experts-convention-certain-conventional-weapons-eu-statement-lethal_en
Declaración de la Unión Europea ante la reunión del grupo de expertos gubernamentales sobre sistemas de armas autónomos letales. Ginebra, agosto 2018. [consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: https://www.unog.ch/unog/website/assets.nsf/7a4a66408b19932180256ee8003f6114/832392b4e19c9ffec-12582f8005948a8/$FILE/2018_GGE%20LAWS%202_6a_European%20Union%201.pdf
Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan coordinado sobre inteligencia artificial, 7 diciembre 2018. [consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/coordinated-plan-artificial-intelligence
Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre sistemas armamentísticos autónomos. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0341&language=ES&ring=B8-2018-0362

Así, la posición española declara que los sistemas de defensa aérea no se operan en las Fuerzas Armadas en modo autónomo, de forma que se puedan producir acciones letales no decididas por una persona. El empleo de misiles con modos que puedan ser considerados autónomos («dispara y olvida») se produce en todo caso por la decisión previa de una persona que evalúa si el objetivo es legítimo y cumple con el derecho internacional de los conflictos armados. Los sistemas de autoprotección en servicio no están diseñados para tener efectos letales sobre terceros, solo para reaccionar una vez producido el ataque.

Además, añade que la autonomía de los sistemas de armas en servicio en las Fuerzas Armadas españolas no compromete la capacidad de los combatientes para aplicar el derecho internacional de los conflictos armados, ni compromete la responsabilidad de los combatientes en las decisiones para el uso de la fuerza, reguladas por el mando en las reglas de enfrentamiento.

En la citada posición, además, España se comprometía hacia el futuro, en consonancia con lo establecido en el principio 5.ª de los «Once principios rectores» del GEG, mencionando expresamente las obligaciones dimanantes del artículo 36 del Primer Protocolo (1977) a los Convenios de Ginebra de 19497[3] a modificar la instrucción SEDEF 67/2011 de 15 de septiembre, por la que se regula el Procedimiento de Obtención de Recursos Materiales (PORM) para incluir en la fase conceptual del Procedimiento, concretamente en la etapa de previabilidad operativa, en el documento Objetivo de Estado Mayor (OEM), el preceptivo examen jurídico sobre la compatibilidad de los sistemas de armas con el DIH. El examen jurídico anunciado todavía no se ha diseñado.

De momento, a falta de un tratado internacional vinculante y del desarrollo del examen jurídico preceptivo, solo contamos, para perfilar los límites y condiciones que nuestro país se autoimpondrá a la hora de adquirir, fabricar o utilizar un sistema de armas ¿autónomo?, con los principios rectores elaborados por el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales antes mencionados y con las líneas generales que esbozó nuestro gobierno en la Posición que venimos comentando. En ella se hace referencia a la importancia esencial del «control humano significativo» sobre el uso de armas y sus efectos, tanto para asegurar que el uso de un arma sea éticamente justificable y legal como para la rendición de cuentas sobre las consecuencias del uso de la fuerza. Con esta manifestación España está ya marcando, como veremos, tanto su posición sobre el grado de autonomía de los sistemas como respecto de la responsabilidad jurídica del ser humano.

---

3 *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos. Medidas para aplicar el artículo 36 del Protocolo adicional I de 1977.* (2006). Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), p. 4 y sigs. Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_0902.pdf

Además, se nos dan algunas indicaciones sobre el concepto de «control humano significativo» que se va a seguir. Para demostrar que este control se puede ejercer se deben cumplir los siguientes requisitos:

- El proceso por el cual los sistemas específicos identifican los objetivos individuales y el contexto, en el espacio y tiempo, donde puede tener lugar la aplicación de la fuerza debe ser inteligible.
- La tecnología debe ser predecible.
- El usuario debe contar con información relevante.
- Debe existir la oportunidad de que haya un juicio y una intervención humana oportuna.

A todo lo anterior se añade: «Es responsabilidad del Estado garantizar que el despliegue de cualquier sistema de armas cumple los requisitos del Derecho internacional».

6. Requisitos para la legalidad de un SAA

6.1. Primer requisito técnico: predictibilidad, trazabilidad, responsabilidad: una IA explicativa

Para garantizar la responsabilidad por un uso incorrecto de un sistema de armas, resulta imprescindible que su comportamiento permita la trazabilidad, es decir, permita conocer el porqué de una determinada decisión de la máquina, lo que, a su vez, permitirá la previsibilidad de sus actuaciones. Pero ello exige un sistema híbrido de aprendizaje (o un sistema de *deep learnig* explicativo, sobre los que en la actualidad se está trabajando).

Un sistema híbrido tendría dos niveles de entrenamiento, uno en el que la red neuronal proporciona las características de alto nivel de la fotografía: por ejemplo, armamento que porta el posible objetivo y tipo, si va acompañado, lugar, hora, uniforme, etc. y un segundo nivel formado por un algoritmo de tipo explicativo (como, por ejemplo, un algoritmo genético) que, entrenado con aprendizaje supervisado, a partir de las etiquetas, extrae un modelo de predicción en el que de forma clara y razonada, incluso con valores estadísticos de acierto, dice que se trata de un combatiente y por qué (por ejemplo, porta un RPG, está cerca de un blindado, lleva un uniforme y está en una zona de combate). Si en el proceso de validación se producen errores es fácil determinar la causa y reentrenar el modelo para mejorar sus resultados y en caso de fallo en situación operacional es posible determinar si las responsabilidades de la acción final del humano son atribuibles a su decisión o a un error que parte de una predicción errónea acompañada de un razonamiento insuficiente.

6.2. Requisito del control humano significativo (MHC)

El concepto de control humano significativo (MHC)[4] va ligado tanto a la idea de limitar el desarrollo y utilización de los futuros sistemas de armas como a la de atribución de la responsabilidad por su uso al ser humano[5]. Este ha venido a sustituir la clasificación *human in de loop/on the loop/out of the loop,* poniendo el énfasis en que lo esencial no es tanto el momento de intervención, sino la calidad del control: «significativo» (UNIDIR, 2014).

Para poder calificarse como significativo, el control humano debe cumplir con las siguientes finalidades:

- Evitar los fallos o errores del sistema que puedan dar como resultado un ataque a personas o bienes civiles o daños colaterales desproporcionados.
- Garantizar las condiciones para la atribución de responsabilidad penal a un ser humano en caso de un uso ilícito del SAA.
- Garantizar que sea un agente moral y no uno artificial, quien tome las decisiones que afectan a la vida, la integridad física y los bienes de las personas.

Todo ello exige como condición previa partir del conocimiento de las limitaciones del sistema, lo que se enfrenta a los problemas de la opacidad de los algoritmos y su entrenamiento, sobre todo cuando se trata de modelos diseñados por empresas privadas, sobre los que existe una propiedad intelectual e industrial. Además, el MHC debe garantizarse durante todas las fases del proceso: en el desarrollado, el despliegue y el uso del sistema de armas[6].

Lo que sí puede distinguirse es la distinta necesidad de control en función de la clase de sistema de armamento y sus objetivos. Así, los sistemas de armas estacionarios, defensivos, contra objetos concretos, pueden gozar de mayor autonomía a nivel humano; en cambio, aquellos capaces de lesionar vida o integridad física exigen de un mayor control a todos los niveles, incluyendo por supuesto la decisión humana última de disparar (UNIDIR, 2014)[7].

---

4 El término «control humano», aplicado a las armas semiautónomas o autónomas es más antiguo, pero la expresión «control humano significativo» (*Meaningful Human Control*, MHC) se atribuye a un documento de la ONG británica, a partir del cual prospera tanto entre académicos como entre políticos y activistas. Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons. *Article 36*, Disponible en: www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf

5 *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems.* (2018). European Group on Ethics in Science and New Technologies, p. 10.

6 Resolución (2020/2012 (INL)) del Parlamento Europeo, que recoge recomendaciones a la Comisión sobre inteligencia artificial, robótica y tecnologías conexas y una propuesta legislativa para la tramitación de un reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, despliegue y uso de dichas tecnologías.

7 Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2018, sobre los sistemas armamentísticos autónomos (2018/2752 (RSP)).

7. Responsabilidad penal por un uso indebido de los SAA

Lo primero que hay que señalar es que, a la espera de una modificación de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales, no existe una prohibición expresa de los SAA en derecho internacional (aunque hay quien considera que el MHC es un principio general del derecho internacional humanitario y otros piensan que los SAA infringen ya de por sí las reglas del DIH (López-Casamayor, 2019; Amoroso y Tamburrini, 2021; Macfarland y Galliott, 2021).

Pero lo que nos preocupa aquí es la responsabilidad penal. Dejamos a un lado la cuestión de la propia responsabilidad penal del robot, descartada mayoritariamente por la doctrina penalista (Weigend, 2014; Seher, 2016, Quintero Olivares, 2017; Blanco Cordero, 2019; De la Cuesta Aguado, 2019; Romeo Casabona, 2020; Gil, 2022). Y rechazamos también las posibilidades tanto de castigar por autoría mediata (Weigend, 2014; Quintero, 2017; Blanco Cordero, 2019; Romeo Casabona, 2020) como de aplicar la figura de la responsabilidad del superior por omisión (Meza Rivas, 2013; Roff, 2013; Vigevano, 2021; Gil, 2022).

Vamos a centrar nuestro estudio, por tanto, en dos posibles vías para poder castigar como delito un uso ilícito de un SAA:

- Castigar la propia utilización del SAA.
- Castigar los resultados lesivos causados mediante el uso de los SAA.

7.1. ¿Es el uso de los SAAL ya delictivo?

Para analizar esta cuestión hay que recordar que el Estatuto de la Corte penal Internacional castiga como crímenes de guerra, ciertos delitos de mera actividad (Ambos, 2014), en sus artículos 8, 2, b) i) y 8, 2, e) i): «dirigir intencionalmente ataques contra la población civil [...]»; en su artículo 8, 2, b) iv) «lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil […] que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar» y en su artículo 8, 2, b), xx) «prohibición de usar armas que causen efectos indiscriminados... a condición de que el arma o método en cuestión haya sido completamente prohibido e incluido en un anexo que todavía no existe».

Por su parte, el Código Penal español castiga a quien realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil en los artículos 611.1.º y 613.1.º; además, tipifica en el artículo 610, el uso de métodos de combate indiscriminados y en el artículo 614 castiga otras infracciones del *ius in bello*.

Ni en el derecho penal internacional ni en el español se castigan los crímenes de guerra imprudentes (salvo en el caso de la responsabilidad del superior por omisión).

El problema para considerar delictivo el uso de los SAA es que resulta difícil subsumirlo sin más en alguno de los preceptos mencionados, por las siguientes razones:

- En relación con los delitos que exigen dirigir intencionadamente el ataque contra personas protegidas, en realidad los SAA no son sistemas diseñados para atacar a civiles, sino lo contrario, su entrenamiento irá dirigido a objetivos militares. Tampoco es sencillo afirmar que de su uso se producirá (o en qué medida ello es esperable) un daño incidental manifiestamente desproporcionado a la ventaja militar esperada, dado que lo que los caracteriza es la impredecibilidad. Además, debe ser conocido por el sujeto activo que utiliza el arma a sabiendas de tal consecuencia en el caso del derecho penal internacional y al menos con dolo eventual respecto del derecho español. De la misma manera, resulta complejo imaginar las cautelas factibles cuando no se conocen ex ante (Blank, 2019) con cierto grado de probabilidad los desvíos del curso causal posibles.
- En relación con los posibles efectos indiscriminados, cuando se ponen ejemplos de medios prohibidos por causar este tipo de daños, se suelen citar aquellos que pueden alcanzar por igual a civiles o a combatientes, como por ejemplo las armas de destrucción masiva, las armas químicas y biológicas, es decir, aquellas cuya acción no se puede dirigir y limitar a los combatientes. Pero en el caso de los SAA, no estamos ante el mismo problema que subyace a la prohibición del veneno, las armas químicas, etc., que consiste en que la incapacidad de distinción del objetivo o de control de los efectos es inherente al método, tal y como exige el artículo 8, 2, b), xx) del ER en su versión en inglés. En los SAA los efectos no son por naturaleza indiscriminados, lo que ocurre es algo diferente: que existe una incertidumbre sobre el grado de error y, por lo tanto, de posibles resultados no queridos, al desconocerse el proceso concreto de identificación de objetivos que el sistema ha aprendido. Además, el artículo 8, 2, b), xx) añadió la condición de que el arma o método en cuestión haya sido completamente prohibido e incluido en un anexo que todavía no existe, por lo que de facto esta criminalización en el Estatuto de Roma se encuentra en suspenso (Cottier, M. y Krivanec, 2016).

En conclusión, estimo que si se quiere criminalizar el uso de determinados SAA hay que tipificarlo expresamente.

7.2. El castigo por los resultados lesivos producidos en un uso incorrecto de los SAAL

A la hora de castigar penalmente a un ser humano por los resultados lesivos producidos mediante el uso de un SAA, nos encontramos con dos tipos de problemas: los relativos a la realización de los elementos objetivos del tipo y los referidos a los elementos subjetivos.

Por supuesto, si el diseño del SAA, o su entrenamiento, o su utilización aparecen como inadecuados *ex ante*, a la luz de los conocimientos y de la tecnología existente, podrá exigirse una responsabilidad penal por imprudencia o incluso por dolo eventual por los resultados causados por esas desviaciones de los estándares de cuidado. Pero no serán estos los supuestos habituales ni los casos que aquí nos preocupan, sino aquellos en que, a pesar de la utilización de la mejor tecnología, como sabemos, el sistema de autoaprendizaje de la máquina provoca que su propio programador pierda el control sobre sus futuras decisiones.

Empezando por el delito doloso de resultado: si seguimos la opinión dominante en nuestro país que deriva de la regulación de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal la exigencia de un elemento que restringe las conductas típicas en los delitos de resultado a aquellas consideradas *ex ante* peligrosas, según el juicio de peligrosidad objetiva, entonces no podremos considerar típica ninguna conducta que, al iniciarse, no presente el resultado como una consecuencia no absolutamente improbable (sea lo que fuere el grado de probabilidad que entendemos por tal —necesariamente algo más que lo meramente posible, pero menos que lo probable—).

Cuando se alimenta un sistema de IA, por ejemplo, para el reconocimiento visual mediante *deep learnig,* evidentemente se intenta el mejor entrenamiento posible. Pero llega un momento en que el entrenador es incapaz de imaginar qué factores ha tenido en cuenta la máquina para llegar a sus inferencias, puesto que se trata de sistemas de autoaprendizaje. Solo cabe someter al sistema a pruebas que nos den un margen estadístico de error, que aun con todo no nos garantizan que en un entorno real se produzca un error no previsto. En definitiva, sabemos que los errores son posibles, no sabemos en qué grado de probabilidad lo son, puede ser ínfima, puede ser menor que la del ser humano o puede ser mayor. Esto nos impide —salvo que ya las pruebas hayan mostrado determinada debilidad suficientemente elevada— considerar el error como un resultado previsible *ex ante*.

Por tanto, ese resultado lesivo de un bien jurídico producido por un error de identificación imprevisible (no es lo mismo previsible que imaginable como posible, lo primero exige un cierto grado de probabilidad, aunque sea ínfima), no podrá cumplir con el tipo objetivo del delito de resultado. Y es que precisamente los incidentes con los que podemos encontrarnos, los que pueden resultar *ex ante* absolutamente improbables o de una probabilidad insignificante (el

principal problema es que el grado de probabilidad se desconoce) y no haber siquiera ha sido imaginados por el programador.
Rebajar aquí las exigencias de probabilidad aplicables con carácter general ex artículo 16 del Código Penal supondría una infracción del principio de legalidad, probablemente, un *versari in re ilicita* y una vuelta a la preterintencionalidad, dado que, por otra parte, abordando el segundo problema, tampoco concurriría el tipo subjetivo, pues el dolo se extiende necesariamente tanto al resultado, como al curso causal típico y a la idoneidad de la acción.

7.3. Posición personal

Por todo lo dicho, la única forma de castigar estas conductas es creando delitos de peligro abstracto, donde la peligrosidad se presume por parte del legislador y no necesita ser probada. Es decir, debe prohibirse la utilización de los SAAL (Goose, 2014; Gil, 2022).
Otros SAA se podrán considerar permitidos si las ventajas superan a los riesgos ya por el tipo de resultados posibles (por ejemplo, como se ha venido comentando, quedan fuera de nuestra preocupación los sistemas defensivos antimisiles). Y en otros casos pueden permitirse SAA que se sometan a ciertas cautelas que limitan su autonomía, sometiéndolos al «control humano significativo».
La introducción del control humano significativo, que ha eliminado gran parte de la autonomía del arma, está destinada, precisamente, a evitar determinados errores de la máquina que el humano no cometería. Si se produce un resultado lesivo y puede comprobarse que era uno de aquellos que trataba de evitar la cautela infringida (criterio de imputación del resultado del fin o ámbito de protección de la norma), es decir, que se debió a un error en el control humano, entonces sí podremos imputar ese resultado al ser humano que operó el sistema sin la cautela decretada por el ordenamiento jurídico. Si no podemos llegar a saber si el resultado se hubiera evitado con el control humano significativo o no, solo podremos castigar aplicando ese (necesario) delito de peligro abstracto que castiga la mera conducta: la utilización de un SAAL sin MHC, pero no por el delito de resultado. Aun con todo, subsistirán determinados errores que el ser humano no puede salvar y que, si el arma se considera legal operada con esa clase de control humano, deberán aceptarse como riesgo permitido.

8. Conclusiones y reconducción de la posición española al análisis realizado

Aunque en la actualidad no están en uso auténtico SAAL, la tecnología que los permitiría ya existe, por lo que resulta imprescindible y urgente una regulación internacional de los mismos.

Debe garantizarse en todo caso que tanto la legislación penal como el modo de operar de los sistemas de armas que se fabrican o adquieren permite la atribución de responsabilidad penal.

Para ello debe prohibirse a nivel internacional y nacional el uso de SAA que no cumplan los criterios de predictibilidad y trazabilidad (es decir, aquellos basados en aprendizaje mediante redes neuronales como el *deep learning* y en general en métodos no explicativos), que funcionen sin control humano significativo y que puedan ocasionar pérdidas de vidas humanas o daños a la integridad física o la salud de las personas. Esta exigencia se deriva de que su uso impediría, con la dogmática actual, atribuir a un ser humano la responsabilidad penal por los posibles resultados lesivos ocasionados en el uso de tales sistemas.

Esta prohibición expresa de estos sistemas debe ir acompañada de la criminalización de dicha conducta, como delito de peligro abstracto, así como de los actos preparatorios de fabricación y comercialización de tales tipos de armas.

La permisión de otro tipo de SAA pasa por la introducción de un control humano significativo en todos los niveles: tanto en su desarrollo, entrenamiento y uso. El control humano significativo debe reforzarse para garantizar el cumplimiento del DIH según el tipo de entorno, objetivo y posibles efectos de cada sistema. En particular, la decisión que pueda implicar la afectación a la vida o la integridad física de las personas debe ser siempre humana.

Bibliografía

Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law*. Vol. 2.

Amoroso, D. y Tamburrini, G. (2021). Autonomy in weapons systems and its meaningful human control: a differentiated and prudential approach. En: Giacomello, G., Moro, F. y Valigi, M. (eds.). *Technology and International Relations: The New Frontier in Global Power*. Edward Elgar Ed.

Arkin, R. C. (2014) Vollautonome letale Waffensysteme und Kollateralopfer. En: *Anonymes Töten durch neue Technologien? Ethik und Militär.* Ausgabe. 1.

Article 36. (2013). *Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons.* Disponible en: www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf

Blanco Cordero, I. (2019). Homo sapiens y ¿machina sapiens?: un Derecho Penal para los robots dotados de inteligencia artificial. En: Mallada Fernández, C. *Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante*. Thomson Reuters Aranzadi.

Blank, L. R. (2019). Assesing LOAC Compliance and Discourse as New Technologies Emerge. From Effects Driven Analisys to What Effects? En:

Jensen, E. y Alacala, R. (eds.) *The impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict*. Oxford University Press.

CIRC. *Posición del CICR Sobre los Sistemas de Armas Autónomos*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en: https://www.icrc.org/es/download/file/172180/4550_003-ebook.pdf

Cottier, M. y Krivanec, D. (2016). Artículo 8. En: Triffterer, O. y Ambos, K. *The Rome Statute of the International Criminal Court.* Beck/Hart Publishing. Edition 3.

De la Cuesta Aguado, P. (2019). Inteligencia artificial y responsabilidad penal. *Revista Penal México.* 16-17, marzo de 2019-febrero de 2020.

Etzioni, A. (2017). Los pros y los contras de los sistemas de armamento autónomos. *Military Review.* Cuarto Trimestre.

European Group on Ethics in Science and New Technologies. (2018). *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*. EU Publications.

Farinella, F. (2021). Sistemas de armas autónomos y principios del derecho internacional humanitario. *Quaestio Iuris.* Vol. 14, 2, pp. 505 y ss.

Gil Gil, A. (2022). Sistemas de armas autónomos letales. Comentario a la posición española, con especial atención a algunos problemas jurídico-penales. *Revista General de Derecho Penal.* 38.

Goose, S. (2014). Die Notwendigkeit eines präventiven Verbots vollautonomer Waffen. *Anonymes Töten durch neue Technologien? Ethik und Militär.* Ausgabe. 1

Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales. (2019). *Informe del período de sesiones de 2019 del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales*. Anexo 4. [Consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/CCW/GGE.1/2019/3

Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M. J. (2013). Sistemas de armas autónomas, drones y derecho internacional. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*. 2.

Harbers, M., Peeters, M. M. y Neerincx, M. A. (2017). Perceived autonomy of robots: Effects of appearance and context. En: Aldinhas Ferreira, M. I. *et al*. *A World with Robots*. Springer, Cham.

ICRC (2014). *Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects. Expert Meeting Report.* Génova, Comité Internacional de la Cruz Roja [Consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: https://www.icrc.org/en/download/file/1707/4221-002-autonomous-weapons-systems-full-report.pdf

Jensen, E. y Hickey, A. (2019). Leveraging Emerging Technology for LOAC Compliance. En: Jensen, E. y Alcala, R. (eds.) *The impact of Emerging Technologies on the Law of Armed Conflict*. Oxford, Oxford Academic.

Krishnan, A. (2021). Enforced Transparency: A solution to Autonomous Weapon as Potentially Uncontrollable Weapons Similar to Bioweapons. En: Galliot, J., Malntosh, D. y Ohlin, J. D. *Lethal Autonomous Weapons. Re-Examining the Law and Ethics of Robotic Warfare.* Oxford, Oxford Academic.

Lazcoz Moratinos, G. (2020). Análisis de la propuesta de reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. *Ius et Scientia*. Vol. 6, 2.

López-Casamayor Justicia, A. (2019) Armas letales autónomas a la luz del derecho internacional humanitario: legitimidad y responsabilidad. *Cuadernos de estrategia*. 201.

Macfarland, T. y Galliott, J. (2021). Understanding A.I. and Autonomy: Problematizing the MeaningfulHuman Control of Argument against Killer Robots. En: Galliot, J., Malntosh, D. y Ohlin, J. D. *Lethal Autonomous Weapons. Re-Examining the Law and Ethics of Robotic Warfare*. Oxford, Academic Oxford.

Martín Ibáñez, E. (2017). La autonomía en robótica y el uso de la fuerza. *Boletín IEEE*. 5 (enero-marzo).

Meza Rivas, M. J. (2018). Los sistemas de armas autónomos: crónica de un debate internacional y prospectivo dentro de Naciones Unidas. *Boletín IEEE*. 10.

(2023). *Las armas autómatas letales: Un desafío para el Derecho Internacional Humanitario, los Derechos Humanos, la Seguridad y el Ders.* Valencia, Tirant lo Blanch.

Moliner, J. (2021). Desafíos éticos en la aplicación de la inteligencia artificial a los sistemas de defensa. *Revista DIECISIETE.* 4.

Oliveira Fornasier, M. (2021). The regulation of the use of Artificial Intelligence (AI) in warfare. *Revista Jurídica da Presidência.* 23(129). DOI: 10.20499/2236-3645.RJP2021v23e129-2229

Porcelli, A. M. (2021). La inteligencia artificial aplicada a la robótica en los conflictos armados. Debates sobre los sistemas de armas letales autónomas y la (in)suficiencia de los estándares del derecho internacional humanitario. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*. 23(1).

Quintero Olivares, G. (2017). La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. 1.

Roff, H. (2013). Killing in War: Responsibility, Liability and Lethal Autonomous Robots. En: Allhoff, F., Evans, N. G. y Henschke, A., (eds.). *Routledge Handbook for Ethics & War*. Routledge.

Romeo Casabona, C. (2001). Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. En: VV. AA. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Romeo Casabona, C. (2020). Criminal responsibility of robots and autonomous artificial intelligent systems? *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 91. ISSN 1579-3494.

Schmitt, M. (2013). Autonomous Weapon Systems and IHL: A Reply to the Critics. *Harvard National Security Journal*. 4.

Seher, G. (2016). Intelligente Agenten als Personen im Strafrecht. En: Hilgendorf, E. y Beck, S. *Intelligente Agenten und das Recht, Robotik und Recht*. 9.

Sharre, P. (2018). *Army of None. Autonomous weapons and the future of war*. New York, Norton.

UNIDIR. (2014). *The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering how Meaningful Human Control might move the discussion forward*. Disponible en: https://unidir.org/publication/weaponization-increasingly-autonomous-technologies-considering-how-meaningful-human

Velez-Green, A. (2015). The Foreign Policy Essay: The South Korean Sentry-A "Killer Robot" to Prevent War. *Lawfare*. [Consulta: 1 agosto 2022]. Disponible en: https://www.lawfareblog.com/foreign-policy-essay-south-korean-sentry%E2%80%94-killer-robot-prevent-war

Vigevano, M. R. (2021). Inteligencia artificial aplicable a los conflictos armados: límites jurídicos y éticos. *ARBOR.* Vol. 197-800, abril-junio, a600.

Weigend, T. (2014). Intelligente Agenten und das Strafrecht. *ZSTW*. 126(3).

UN AUDITOR FRENTE AL EMPERADOR. DINAMARCA, 1808

Una vez vencidos los prusianos en la batalla de Jena en 1806, a Napoleón solo le quedaba por someter Inglaterra, su más persistente enemiga. Como no podía invadirla debido a la poderosa Armada británica, que impediría cualquier tipo de desembarco, pensó que la única manera de vencerla sería arruinándola, atacando la base de su riqueza. Con tal finalidad, dictó un decreto el 21 de noviembre de 1806 (el Decreto de Berlín), ordenando el bloqueo continental, mediante el cual se prohibía cualquier forma de comercio entre el continente e Inglaterra.

Como Napoleón carecía de tropas suficientes para hacer cumplir el bloqueo, decidió utilizar tropas aliadas con esa finalidad, por lo que ordenó a Talleyrand que demandara al Gobierno español cumplir el Tratado de alianza de San Ildefonso de 1796 (era el segundo de San Ildefonso, sucesores de los Pactos de Familia entre los Borbones franceses y españoles, que harían proféticas las legendarias palabras de Luis XIV: «España y Francia se darán la

mano por encima de los Pirineos»). Según este tratado, existiría un apoyo militar incondicional mutuo entre los dos países. Entre otras exigencias, Talleyrand requería a España el envío a las costas del norte de Alemania de un ejército de diez mil hombres de infantería, cuatro mil de caballería y veinticinco piezas de artillería. Entre estas tropas, debían incluirse los seis mil soldados españoles acantonados en el Reino de Etruria.

El Reino de Etruria (que ocupaba la Toscana italiana, con capital en Florencia) nació del Tratado de Luneville (1801), tras la derrota de Austria en la batalla de Marengo, mediante el cual el Gran Ducado de la Toscana pasó a Francia, nombrándose rey al duque de Parma, casado con María Luisa, hija de Carlos IV. Pero el rey murió en 1803 y le sucedió su hijo, de muy corta edad, bajo la regencia de su madre. En un principio, la seguridad del reino estaba a cargo de soldados franceses, pero ante la necesidad de tropas que tenía Napoleón en 1805, los soldados españoles ocuparon su puesto.

Con esta operación, Napoleón perseguía una doble finalidad: tropas para hacer cumplir el bloqueo continental y trasladar fuera de España a las más preparadas unidades (lo que facilitaría una futura invasión).

Godoy intentó oponerse, pero Napoleón le amenazó en secreto: si no accedía, invadiría España. Acabó cumpliendo la orden. En cambio, Carlos IV aceptó encantado la solicitud.

En mayo de 1807 comenzó a organizarse el ejército que debía marchar al norte de Alemania. Estaría bajo el mando del marqués de La Romana y contaría con dos divisiones (aunque se suele utilizar la expresión, singular, de la División del Norte): la procedente de España, al mando del general Kindelán (que sería, asimismo, segundo jefe del Cuerpo Expedicionario), y la procedente de Etruria, a cuyo frente se encontraba el brigadier Salcedo.

Las unidades procedentes de España eran las siguientes: Regimiento de Infantería de Línea Asturias, Regimiento de Infantería de Línea de la Princesa, Regimiento de Caballería de Línea del Rey, Regimiento de Caballería de Línea del Infante, Regimiento de Dragones Almansa, un batallón de Infantería Ligera de Voluntarios de Barcelona, un batallón del Regimiento de Infantería de Línea Guadalajara, artillería y zapadores. En total 8.679 hombres.

Las unidades procedentes de Etruria eran las siguientes: el Regimiento de Caballería Ligera Villaviciosa, el Regimiento de Caballería de Línea Algarve, tres batallones del Regimiento de Línea Zamora, dos batallones del Regimiento de Línea Guadalajara y un batallón de Infantería Ligera de Voluntarios de Cataluña. En total 6.140 hombres.

Formando parte de las unidades procedentes de Etruria estaba Juan Miguel Páez de la Cadena y Seix, que había sido nombrado auditor general del Cuerpo Expedicionario. Páez, nacido en Sanlúcar de Barrameda, había estudiado Derecho Civil en la Universidad de Granada y se había doctorado en la Universidad de

Orihuela. A sus 33 años, ya tenía experiencia como auditor del Ejército, pues en 1797 había sido nombrado auditor de guerra de las tropas acantonadas en La Rochela, Rochefort y la isla de Aix, después en Brest y París. Su último destino, antes de desplazarse a Etruria, había sido como auditor general del Ejército de Valencia y Murcia.

Se desconoce el motivo por el cual Napoleón eligió al marqués de La Romana como jefe de la expedición, ya que también había otros candidatos: Castaños y O'Farril. Tal vez por su educación francesa, ya que había estudiado en el Colegio de la Trinidad de Lyon, centro que en su época se consideraba el más completo de Europa. Con diecisiete años ingresó en la Compañía de Guardiamarinas de Cartagena. Después de participar en el asedio de Gibraltar de 1799, se dedicó a recorrer toda Europa (desde Inglaterra a Rusia) para ampliar estudios, conocer nuevos idiomas y adquirir libros para su biblioteca (tenía cerca de trece mil volúmenes, muchos de ellos prohibidos; en 1860 se trasladaron desde Palma a la Biblioteca Nacional, pero es difícil su localización porque no se catalogó como colección privada). Destaca su variedad, ya que encontramos desde *El contrato social* de Rousseau hasta *Las profecías* de Nostradamus.

En 1793, en la guerra del Rosellón (o de los Pirineos o contra la Convención), dejó la Armada y pasó al Ejército de Tierra (cosa entonces bastante frecuente) con el empleo de coronel, donde destacó por su valentía temeraria. Al llegar la paz (Paz de Basilea, 1795) tenía el empleo de teniente general y se retira un tiempo para seguir con sus aficiones (principalmente sus libros, era un hombre de excepcional cultura).

Las tropas procedentes de España llegaron a Maguncia, el 3 de agosto fueron revistadas por el marqués de La Romana y el mariscal Bernadotte. El mariscal francés, que ostentaba el título de príncipe de Pontecorvo, al ver el marcial aspecto de las tropas, exclamó: «¡Con estos Regimientos entraría yo en el infierno y echaría de él al diablo!». Pocos después, estas unidades llegaron a Hamburgo, en donde ya llevaban días acantonadas las tropas procedentes de Etruria.

Solo se conserva un manuscrito de Páez de su época en el Cuerpo Expedicionario. En él da novedades al secretario de Estado de Gracias y Justicia, marqués de Caballero, exfiscal togado, de su llegada a Hannover.

Los soldados españoles enseguida llamaron la atención de los alemanes por su piel oscura, su cabello negro, sus vistosos uniformes, su alegría, su simpatía y por sus curiosas costumbres (jugaban con los niños, fumaban cigarros, no bebían cerveza, sino vino, bailaban extrañas danzas acompañados de guitarras, formaban castillos humanos…). Destacan las láminas de Cristofer y Cornelius Sühr, en su obra *El Burgués de Hamburgo*. Hubo muy pocos incidentes, la mayoría con soldados franceses, propias de la rivalidad dentro de la milicia.

Días después de su llegada a Hamburgo, las unidades procedentes de Etruria tuvieron que trasladarse a la Pomerania y tomar parte en el sitio de la ciudad

de Straldsund, ocupada por los suecos (que no habían aceptado el bloqueo continental). La actuación de los españoles fue brillante en su primera actuación y la ciudad se rindió en pocos días. Kindelán recibió la Legión de Honor y las unidades españolas fueron muy elogiadas por el mando francés. El mariscal Bernadotte, admirado del valor y el coraje de los españoles, eligió para su guardia de honor a cien granaderos del Regimiento Zamora y a treinta jinetes del Regimiento del Rey. Rendida la ciudad, los soldados españoles regresaron a Hamburgo con el resto de las unidades.

Los españoles fueron encuadrados en el Cuerpo de Ejército de Observación que mandaba el mariscal Bernadotte (formado por dos divisiones francesas, una holandesa y las dos españolas, con un total de unos 33.000 hombres) y que tenía por misión proteger las ciudades hanseáticas del norte de Alemania. Las tropas españolas fueron acantonadas entre Hamburgo y Lübeck. Durante ocho meses, los españoles vivieron un período de tranquilidad, que aprovecharon para instruirse en las tácticas francesas, por lo que tuvo que traducirse el Reglamento de táctica francés de 1798. También se publicó un diccionario español-alemán para uso de la tropa.

En marzo de 1808, Napoleón ordenó la ocupación de Dinamarca, país amigo de Francia, que acababa de declarar la guerra a Suecia (que seguía negándose a apoyar el bloqueo marítimo contra Inglaterra). Las tropas de Bernadotte abandonan Alemania y entran en Dinamarca.

Napoleón ya tenía en mente la ocupación de España y la sustitución de la dinastía reinante por algún miembro de su familia. Después de las vergonzosas escenas del complot de El Escorial y del Motín de Aranjuez, organizado por Fernando VII para derrocar a su padre y ocupar el trono, Napoleón se percató de que España necesitaba un nuevo rey. Y nadie mejor que su propio hermano José.

Para evitar que los españoles del marqués de La Romana se sublevaran o desertaran cuando se enterasen de los sucesos que iban a ocurrir en España, ordenó su vigilancia, control y dispersión en pequeños destacamentos por las islas danesas. De esta manera anulaba cualquier capacidad de reacción.

Rodeados por el mar y por numerosas tropas francesas, holandesas y danesas, fueron desperdigados de la siguiente forma:

- En la península de Jutlandia: el Cuartel General de la 1.ª División (Kindelán), los Regimientos de Caballería del Rey, del Infante y Algarve y el Regimiento de Infantería Zamora. En total, 3.870 hombres.
- En la isla de Fionia: el Cuartel General del marqués de La Romana, el Cuartel General de la 2ª. División (Salcedo), los Regimientos de Caballería Almansa y Villaviciosa, el Regimiento de Infantería de la Princesa, el Batallón de Infantería Ligera de Barcelona, artillería y zapadores. En total, 4.600 hombres.

- En la isla de Selandia: los Regimientos de Infantería Asturias y Guadalajara. En total, 4.140 hombres.
- En la isla de Langueland: el Batallón de Infantería Voluntarios de Cataluña y sesenta jinetes del Regimiento Villaviciosa. En total, mil doscientos hombres.
- En Hamburgo: los depósitos regimentales, de Intendencia y Administración, al mando del brigadier Hermosilla. En total, quinientos españoles.

Con tal dispersión, aunque La Romana lo intentase, resultaría imposible concentrarlas en un punto determinado.

El 29 de marzo de 1808 (el Motín de Aranjuez se había producido entre el 17-19 marzo) Napoleón ordenó al director general de Correos que retrasase la entrega de todas las cartas enviadas a los soldados españoles. A pesar de los esfuerzos por mantener aislados e incomunicados a los españoles, poco a poco comenzaron a llegarles algunas noticias preocupantes de lo que estaba ocurriendo en España.

También el marqués de La Romana estaba preocupado tanto por las confusas noticias de la prensa francesa como el silencio de Madrid: desde enero no recibía ningún despacho de España. Entonces decidió enviar a España a dos de sus ayudantes para que le informasen de lo que estaba ocurriendo en la patria.

El 24 de junio, Bernadotte le comunica a La Romana que José Bonaparte ha sido proclamado rey de España y que rige una nueva Constitución aprobada en Bayona. Debió de ser un duro golpe para La Romana, pero decidió ser prudente. No podía enemistarse con los franceses. Estaban completamente aislados, a 2.500 km de Madrid. Cualquier insubordinación sería un suicidio. Por ello se limitó a enviar un escrito muy frío y escueto a los mandos de sus unidades: «Acabo de recibir un oficio de S. A. S. el príncipe de Pontecorvo participándome que S. M. José Napoleón, Rey de Nápoles, ha sido proclamado por nuestro Soberano, y en tanto que recibo posteriores órdenes lo comunico a usted para su inteligencia y gobierno».

El propio 24 de junio, los ayudantes de La Romana volvieron de España y le contaron al marqués que habían presenciado el levantamiento del 2 de mayo en Madrid. A partir de entonces, se despejaron todas las dudas. España estaba en guerra contra los franceses. Y a partir de entonces resultaría muy difícil contener a la tropa.

De momento, La Romana decidió no hacer nada y mantener el clima de cordialidad y amistad con los franceses. Cualquier insurrección hubiese sido una catástrofe, tan lejos de España y tan rodeados de tropas enemigas.

Ante el vacío de poder que se había producido en España, pronto comenzaron a constituirse juntas provinciales, que asumieron el poder en nombre de Fernando VII. Las primeras en entrar en contacto con Inglaterra fueron las de Asturias, Galicia y Sevilla, con el fin de formar una alianza contra Napoleón.

Y también surgió la necesidad de salvar a las tropas españolas del marqués de La Romana por el único medio posible: a través del mar, utilizando barcos británicos.
Los barcos ingleses trataron de localizar a los españoles con el fin de comunicar a La Romana los planes del Gobierno inglés. Pero era imposible acercarse a tierra, ya que Bernadotte había ordenado que cualquier barco inglés o extraño que se aproximara a la costa fuese recibido a cañonazos.
Como era imposible contactar a través del mar, se pensó que la única solución era contactar por tierra. Para tal misión se buscó a un monje católico escocés, James Robertson, que hablaba alemán a la perfección, ya que había vivido muchos años en un monasterio en Ratisbona. La misión era muy peligrosa, ya que el Gobierno británico desconocía por completo el comportamiento del marqués ante la nueva situación. Podría tratarse de un convencido afrancesado, en cuyo caso no dudaría en delatar a Robertson.
La única condición que puso Robertson fue no llevar ningún documento que le pudiera comprometer. Pero si no llevaba ningún documento, ¿cómo podría confiar La Romana en él? Para solucionar este escollo, se acudió a un ingenioso plan: La Romana había sido muy amigo del exembajador británico en Madrid, ya que los dos eran grandes amantes de los libros. Y una vez en Toledo habían discutido sobre un verso del *Poema del Mío Cid.* Entonces se pensó que Robertson se identificara ante La Romana con ese verso. Al oírlo, La Romana no dudaría de parte de quién venía Robertson.
El disfraz elegido para pasar desapercibido y llegar hasta La Romana fue el de comerciante alemán de chocolate y cigarros. Robertson llegó por mar hasta Hamburgo, ya que se pensaba que La Romana seguía allí. A través de un confidente se enteró de que los españoles estaban en Dinamarca. Se dirigió a Nyborg, en la isla de Fionia, y se hospedó en el mismo hotel que el marqués. Se presentó ante el marqués y se identificó con el verso del *Poema del Mío Cid*. Enseguida, La Romana se percató que el supuesto comerciante venía de parte de su viejo amigo.
Robertson le puso al corriente de la situación en España y le dijo que la Armada inglesa estaba dispuesta a evacuar a las tropas españolas, siempre que las pudiera concentrar en un puerto apropiado para su embarque.
La Romana reunió a su Estado Mayor y le puso al corriente de las palabras de Robertson. Todos mostraron su entusiasmo en huir de Dinamarca. El problema era reunir a las tropas en un único punto. Para solucionarlo se buscó la siguiente excusa: todas las unidades españolas debían concentrarse en Nyborg porque La Romana quería realizar una revista de inspección de toda la División del Norte y al finalizar se realizaría una gran parada militar en honor del príncipe de Pontecorvo.

Se trataba de una excusa que difícilmente aceptarían los franceses. Pero no había otra opción. Solo utilizando tal pretexto podría conseguirse la ansiada concentración de las tropas en un único punto y poder volver a España. Para eliminar toda sospecha, La Romana tendría que ser muy cauto y continuar aparentando cordialidad con Bernadotte y los mandos franceses.
Cuando estaba en pleno estudio de su Estado Mayor el plan de fuga, La Romana recibió un oficio de Bernadotte que alteraba dicho plan: los españoles debían jurar fidelidad al nuevo rey y a la nueva Constitución. Realmente, Bernadotte había mandado el mismo oficio a tres mandos españoles: a La Romana (isla de Fionia), a Kindelán (península de Jutlandia) y Dellevielleuze (coronel más antiguo en la isla de Selandia). El oficio expresaba lo siguiente:

«Campo de Rendsburg, 22 de julio de 1808

A S. E. el Sr. marqués de La Romana, jefe de las tropas españolas.

Tengo el honor, Sr. marqués, de enviaros veinte ejemplares de la Constitución Española, aprobada por la Junta y por el Rey. Su Majestad, en la última sesión de la Junta, recibió el juramento de todos sus miembros. Después ha sido conducido con gran pompa hasta la frontera de España, por su augusto hermano Su Majestad el Emperador y Rey, siendo por todas partes recibido con las más vivas aclamaciones. Los habitantes se acercan a su paso para rendirle homenaje: tales son las noticias que acabo de recibir por un correo extraordinario, que ha abandonado a Su Majestad en la tercera jornada de su viaje.

Según las órdenes que he recibido, se servirá hacer prestar, por todas las tropas de su División, el juramento que deben al rey José Napoleón. La prestación se hará por regimientos, levantándose un proceso verbal para cada uno. El juramento de V. E. y el de todo su Estado Mayor, será objeto de un proceso verbal particular. Por lo demás todo se hará conforme a la fórmula prescrita por la Constitución y de acuerdo con los usos del Ejército español.

Las cartas que he recibido, me anuncian que todo está tranquilo en Madrid, Navarra, Cataluña, Vizcaya, Burgos, Valladolid, Segovia, Toledo, Cuenca, Pamplona, Valencia, etc. Ha habido algunos grupos de contrabandistas y malhechores, escapados de los presidios, pero las medidas adoptadas restablecen la calma en todas partes. La llegada del Rey a Madrid, su proclamación y la de la Constitución, terminarán con cualquier intranquilidad. En Burgos esperaban a Su Majestad diputados de las grandes ciudades del Reino, para acompañarle a su capital con toda solemnidad.

El Rey y la Junta han quedado sumamente satisfechos del informe que yo he dado referente a vuestra División, y no dudo que Su Majestad os signifique en breve de un modo particular la estimación en que os tiene.

Al remitiros, Sr. marqués, la nueva Constitución de vuestro país, no puedo menos de felicitaros, a vos, que yo considero como un verdadero español, y de expresaros la dicha que experimento viendo a vuestra nación dispuesta a recuperar el rango eminente debido a su antigua ilustración. Os renuevo, Sr. marqués, la expresión de mi más sincera adhesión

J. J. Bernadotte

P. E.- A fin de que la prestación del juramento no experimente retardo, y que la inminente llegada de los procesos verbales a Madrid permita participar a vuestra División de todas las ventajas del nuevo Gobierno, yo he resuelto enviar oficiales con instrucciones iguales al mariscal de campo Kindelán en Jutlandia y al brigadier Delavielleuze, en Selandiaia, notificándoles que V.E. queda prevenido de esta disposición. Todos los procesos verbales se reunirán en mi Cuartel General, donde también me dirigiréis los vuestros por un ayudante de campo, que los llevará todos al Rey»

A continuación del juramento, los hombres debían gritar «¡Viva el rey!» y realizar tres descargas cerradas de fusilería.
Bernadotte no parece que estuviera muy convencido de que el juramento se realizase sin incidentes, porque ordenó a los mandos franceses que estuviesen alerta por si surgían problemas con los españoles. Y lo mismo comunicó al rey danés, para que las unidades danesas también permaneciesen alertas.
La Romana no estaba dispuesto a que él y sus hombres prestasen juramento a un rey intruso, cuyo país se encontraba en guerra con España. Pero, tan lejos de la patria, ¿qué podía hacer? Trataría de demorar el juramento lo más posible, manteniendo mientras tanto la cordialidad y la amistad con los franceses.
La Romana también se sintió ofendido al ver que el mariscal francés dirigía la misma orden a él y a dos de sus subordinados, ya que ello implicaba un grave quebranto de la cadena de mando. El destinatario de la orden tenía que haber sido solo a él, como comandante jefe de todas las tropas.
Al leer la orden de juramento, Páez enseguida alertó a La Romana de que podía oponerse un obstáculo legal a dicho acto: la jura no se ajustaba a lo establecido en las ordenanzas de Carlos III. La afirmación de Bernadotte de que todo se hará conforme a la fórmula prescrita por la Constitución «y de acuerdo con los usos del Ejército español» era un contrasentido, pues según las ordenanzas de Carlos III, en el Ejército español no se prestaba juramento a ningún rey, ni mucho menos a una Constitución.

En efecto, el Estatuto de Bayona establecía en su artículo 7 lo siguiente: «Los pueblos de las Españas y de las Indias prestarán juramento al Rey en esta forma: "Juro fidelidad y obediencia al Rey, a la Constitución y a las Leyes"».
Sin embargo, en las ordenanzas de Carlos III únicamente se hablaba del juramento de la tropa en el título dedicado a las «Revistas de Comisario», que establecía que antes de empezar la revista de comisario, con todo el regimiento formado, se debía tomar «a los reclutas que hayan entrado en el Regimiento, desde la revista anterior, el juramento de fidelidad a las banderas». Regulaba con detalle la posición que debía tomar el regimiento y los nuevos reclutas. En los artículos 4 y 5 establecía lo siguiente:

> «4. El Sargento mayor inmediatamente pondrá su espada horizontal sobre la asta de la Bandera coronela, de modo que forme la cruz sobre que cada Recluta ha de jurar, y dirá en voz alta mirando a los Reclutas:
> ¿Juráis a Dios, y prometéis al Rey el seguir constantemente sus Banderas, defenderlas hasta perder la última gota de vuestra sangre, y no abandonar al que os esté mandando en acción de guerra o disposición para ella?
> Responderán todos: Sí juramos; entonces dirá en voz alta el Capellán.
> Por obligación de mi ministerio ruego a Dios que a cada uno le ayude si cumple lo que jura, y si no, se lo demande.
> 5. Sucesivamente pasará cada Recluta por su orden a besar la cruz; y concluido este acto desfilarán por delante de la Bandera coronela, haciendo el Subteniente que la lleve la demostración de pasarla por encima de los reclutados en señal de protegerlos y admitirlos».

Se pueden destacar las siguientes diferencias entre las ordenanzas de Carlos III y el juramento que exigían los franceses:

- En las ordenanzas de Carlos III, la jura solo era obligatoria para los reclutas, no para soldados veteranos (como eran las tropas del marqués de La Romana, que ya habían prestado juramento en España).
- ¿Qué ocurría con el juramento anterior? ¿Cómo podía dejar de tener validez?
- En las ordenanzas de Carlos III no se juraba al rey, sino a sus banderas (si bien estas lo representaban).
- Las ordenanzas de Carlos III no exigían el juramento de los oficiales, ya que su profesión llevaba implícito la lealtad al rey.
- Resultaba humillante que los mandos tuviesen que hacer un juramento, incluido los generales, como si se desconfiase de su lealtad.

Resultaba evidente que los soldados se resistirían a prestar ese juramento, porque, además de vulnerar su juramento anterior, se juraba fidelidad a un monarca distinto y contra el cual se estaba en guerra. Aquel juramento era contrario a su honor.

Para evitar un enfrentamiento abierto con los franceses, La Romana decidió retrasar el juramento lo máximo posible, con la intención de escapar antes de que se celebrase ese acto. Sabía con certeza que si juraban, nunca podrían volver a España, ya que podrían ser considerados unos traidores.
Asesorado por su auditor, La Romana comunicó a Bernadotte que en el Ejército español no se realizaban ese tipo de juramentos. Bernadotte fue tajante en su respuesta: la orden del juramento debía ser cumplida de forma inmediata.
Aún no había entrado en contacto con los barcos británicos. Para evitar un enfrentamiento abierto con el mariscal francés, lo que frustraría del todo el plan de fuga, La Romana mandó mensajes a todos sus mandos indicándoles que cumpliesen la orden de juramento, pues era un acto «sin importancia». De esta manera quiso vencer cualquier reticencia de sus hombres.
Los primeros españoles que cumplieron la orden de juramento fueron los que estaban en el depósito de la división, instalado en Hamburgo, bajo el mando del brigadier Hermosilla. Un capitán presente en el acto narra que se formó a toda la tropa en una explanada y Hermosilla leyó toda la Constitución. Al terminar, se preguntó a todos los presentes si la habían entendido, a lo que contestaron que sí. Entonces:

> «[…] se procedió particular e individualmente por cada uno de los oficiales del Depósito, capellán y físico empleados en él, a hacer el juramento con arreglo a la fórmula que expresa el artículo 7 de la Constitución, empezando por el Sr. comandante en alta voz y después los demás sobre el sable del propio jefe, firmando cada uno en el proceso sobre un tambor. Y levantando el brazo derecho, la tropa, hecha la señal de la cruz, refiriéndoles las palabras del mencionado juramento el jefe brigadier Hermosilla, respondiendo todos en alta voz, sí juramos, después de lo cual habiendo dado el comandante la de viva el rey, respondieron unánimes lo mismo, con lo que se concluyó el acto».

Por tanto, se respetó de forma estricta la orden de Bernadotte.
En las demás unidades ocurrió lo siguiente:

- Jutlandia: había cuatro unidades, el Regimiento de Infantería Zamora y los Regimientos de Caballería del Rey, del Infante y Algarve, bajo el mando de Kindelán. Como era un destacado afrancesado, cumplió la orden de Bernadotte de forma impecable, sin ni siquiera esperar a que se lo ordenase La Romana.
  Kindelán fue el primero en prestar el juramento. Y lo hizo en los siguientes términos: «Don Juan Kindelán… segundo comandante de la división auxiliar que está bajo el mando de S. E. el marqués de La Romana… En virtud de la orden de S. A. S. el Príncipe de Pontecorvo, datada el 22 de junio en Rendsburg, que especifica la jura de fidelidad a nuestro augusto soberano José Napoleón, y que deben prestar las tropas acantonadas

en Jutlandia, que están bajo mis órdenes, yo comienzo por prestar el juramento de fidelidad, que yo mismo le debo al rey nuestro señor, con la siguiente fórmula: Yo juro fidelidad y obediencia al rey José Napoleón, a la constitución y a las leyes, hasta la última gota de mi sangre».

Acto seguido, Kindelán recibió el juramento de los miembros de su Estado Mayor y entre los días 25 y 28 de julio juraron los cuatro regimientos acantonados en Jutlandia, batallón a batallón, con absoluta normalidad.

- En la isla de Selandia: estaban acantonados dos regimientos de infantería, el Asturias y el Guadalajara. El día de la jura, la tropa se sublevó y se reunió en la plaza mayor de Roskilde al grito de «¡Viva Fernando VII! ¡Muerte a Napoleón!». Y atacaron a los franceses que había en la ciudad, que tuvieron que huir, matando a un teniente e hiriendo a otro. Los oficiales intentaron calmar a la tropa, pero no lo consiguieron hasta el día siguiente.

El rey danés, al enterarse de la noticia, envió un gran contingente de tropas a Roskilde, con intención de sofocar la revuelta.

Los españoles que más se destacaron en la revuelta fueron encarcelados en Copenhague. El resto fue dividido en pequeños grupos y acantonados en el interior de la isla, bajo la vigilancia de fuerzas danesas.

- En la isla de Langueland: estaba acantonado el Batallón de Voluntarios de Cataluña. La tropa, al enterarse de que tenía que prestar el juramento, protestó. Y tras muchos esfuerzos de sus oficiales, prestó juramento, pero con muestras de gran descontento.
- En la isla de Fionia: estaba acantonado el Regimiento de Infantería de la Princesa, los Regimientos de Caballería Villaviciosa y Almansa, el Batallón de Infantería de Barcelona y los zapadores. Y en Nyborg se encontraba el Cuartel General del marqués de La Romana, con su Estado Mayor y su auditor.
- A pesar de la presencia del marqués, se produjeron todo tipo de altercados durante el juramento. El primero en jurar fue el Regimiento de Infantería de la Princesa y ocurrieron los siguientes sucesos:
- El batallón de granaderos se negó a jurar y, tras muchos esfuerzos de sus oficiales, juró la fórmula ordenada por los franceses.
- El segundo y el tercer batallón no juró la fórmula ordenada por los franceses, sino que juraron «lo que su coronel hubiese jurado».
- En el primer batallón los sucesos fueron más graves. Al ir a jurar, toda la unidad, incluidos los oficiales, se agrupó alrededor de la bandera, y con la vista fija en ella, permanecieron en el absoluto silencio. Al cabo

> de un rato, un cabo se dirigió al marqués de La Romana con el arma presentada y le dijo:
> «Mi general; mi compañía no jura a José ni a otro alguno, sino a esa bandera, pues en llegando a España veremos a quien representa». El capitán Miyares nos da otra versión de sus palabras: «Mi general, yo no quiero jurar; sé muy bien que el no obedecer es un delito capital, y me presento para ser fusilado, porque en tratándose del juramento, de ninguna manera obedeceré, mándelo quien lo mandare».

Todo esto ocurrió delante de oficiales franceses y daneses invitados al evento. Al final, se leyó la orden de juramento, pero en el momento de realizar las descargas de fusilería, los soldados se negaron. Durante toda la noche hubo altercados y la tropa disparaba al aire en son de burla.
Los soldados del Regimiento de Caballería Almansa, al conocer los incidentes ocurridos en el Regimiento de la Princesa, se negaron a jurar y empezaron a gritar «¡Viva Fernando VII! ¡Viva España! ¡Muerte a Napoleón!». Y lo mismo ocurrió con el resto de unidades de Fionia.
Ante estos incidentes, el marqués encargó a Páez de la Cadena que redactase una fórmula alternativa de juramento que fuera aceptable por sus hombres. Y se le ocurrió una ingeniosa fórmula:

> «En la suposición de que la Nación española, de la que somos parte, y a la que protestamos querer vivir y morir siempre unidos, haya prestado por medio de sus representantes legítimos, y con plena libertad, el juramento que se nos exige, juramos fidelidad y obediencia al rey José Napoleón, a la Constitución y a las leyes».

Era un juramento tan condicional que, en realidad, no comprometía a nada. Todo se condicionaba a los que en España hubiesen jurado «sus representantes legítimos» y «con plena libertad». Bien sabía Páez que en España ningún representante «legítimo» había jurado fidelidad al rey José (y mucho menos con plena libertad), sino todo lo contrario. Por todo el territorio se estaban organizando «juntas», que ocupaban el vacío de poder dejado por Fernando VII, y organizaban la resistencia contra los franceses.
Todas las tropas de Fionia juraron la fórmula redactada por el auditor, sin que en esta ocasión se produjeran incidentes. Desconocemos si también las de Langueland; en cambio, la nueva fórmula no debió tener repercusión en Jutlandia y en Hamburgo.
Bernadotte, al enterarse de la fórmula del juramento de Páez, montó en cólera. No se parecía en nada a lo ordenado. Si Napoleón se enteraba de lo ocurrido, Bernadotte podía caer en desgracia, al no haber sabido imponerse a los españoles.

Inmediatamente, Bernadotte mandó a La Romana un emisario con una carta, en la que manifestaba su malestar. Le reprochaba que Kindelán no había tenido ningún problema. Y le decía que cuando los jefes dan muestras de firmeza, a la tropa no le queda más que obedecer. Por supuesto, no admitía la fórmula del juramento de Páez y exigía que sin dilación jurasen todas las tropas según la fórmula prescrita, sin introducir ninguna alteración.
La orden de Bernadotte le colocaba a La Romana en una situación muy difícil:

- Si cumplía la orden, sus tropas se sublevarían y serían aplastadas por los franceses, daneses y holandeses.
- Si no cumplía la orden, sus tropas serían apresadas por los franceses, daneses y holandeses.

Se encontraba La Romana ante ese difícil dilema cuando esa misma noche su suerte cambió. Acababan de presentarse los tenientes Carreras y Fábregues, del Batallón de Voluntarios de Cataluña, procedentes de Langueland. Fábregues le contó que la noche anterior, al volver de una misión, vio las luces de unos barcos ingleses no muy lejos de la costa. Era la oportunidad que estaba esperando para ponerse en contacto con los ingleses. Saltó a un pequeño bote de pesca y amenazó con su sable a los marinos para que remaran en dirección a los barcos. Cuando se identificó ante los ingleses, enseguida fue conducido al barco del contraalmirante Keats. En este barco se encontraba el teniente de navío de la Armada española Rafael Lobo, ayudante del almirante Apodaca, de la Junta de Sevilla, que traía pliegos de las Juntas de Sevilla, Asturias y Galicia para el marqués de La Romana. Fábregues se comprometió a entregar los pliegos al marqués, así como una carta del contraalmirante Keats. En esta carta, el almirante inglés se comprometía a embarcar a las tropas españolas siempre que se concentraran en un puerto adecuado para el embarque.
La Romana, al conocer las novedades, ordenó que de inmediato se pusiera en marcha el plan de fuga, que consistía en lo siguiente:

- Las tropas de Jutlandia debían trasladarse a la isla de Fionia.
- Concentrar todas las tropas de Fionia en la ciudad de Nyborg.
- Pasar a todas las tropas de Fionia a la isla de Langueland.
- Esperar en la isla de Langueland la llegada de los barcos de transporte ingleses.
- Avisar a los dos Regimientos de Selandia de que intentaran concentrarse en un puerto (lo que era bastante difícil, porque habían sido diseminados por el interior de la isla).

La Romana envió emisarios a los mandos de los distintos regimientos, comunicando el plan de fuga. En el caso de encontrar el menor atisbo de

resistencia de algún jefe, tenían que arrestarlo y dar el mando a alguno de sus subordinados que estuviese dispuesto a cumplir las órdenes.
Todos los jefes acataron la orden con entusiasmo, salvo los mandos del Regimiento Algarve, que alegaron todo tipo de excusas. Incluso Kindelán, declarado afrancesado, fingió cumplir la orden. Pero en realidad, lo hizo para evitar ser arrestado por sus subordinados. Inmediatamente, se dirigió a Holding, donde se hallaban acantonados los franceses, y desde allí escribió a Bernadotte, comunicándole la traición de La Romana.

- La fuga de los españoles puede considerarse un rotundo éxito. A pesar de que la situación era muy difícil, de los quince hombres, consiguieron escapar nueve mil. No hay que olvidar que estaban muy lejos de su patria, dispersos en numerosas islas, rodeados de agua y tropas enemigas francesas, danesas y holandesas. Hubo unidades que se salvaron al completo, mientras que otras quedaron para siempre en tierras danesas, como:
- Los hombres del Depósito de Hamburgo, que se encontraban muy lejos de las costas danesas.
- Los soldados de los Regimientos Asturias y Guadalajara que, al haberse negado a jurar con tanta violencia, habían sido desarmados y dispersados en pequeños grupos en el interior de la isla de Selandia.
- Los hombres del Regimiento Algarve, por indecisión de sus mandos.

Los casi seis mil hombres que no pudieron embarcar serían capturados por los franceses y conducidos en pésimas condiciones a depósitos de prisioneros del norte de Francia.
El día 12 de agosto, partían de Fionia a Langueland numerosos barcos pesqueros que los españoles habían requisado a los daneses, escoltados por los buques de guerra ingleses. El día 13 llegaban a Langueland. Los franceses consiguieron introducir en Langueland proclamas editadas en francés y español, dirigidas a los soldados expedicionarios, en las que acusaban al marqués de La Romana de haberlos vendido a los ingleses, que los llevarían a servir a la India o a Canadá, de donde no volverían jamás. Les aconsejaban someterse de nuevo a sus órdenes, donde serían recibidos con los brazos abiertos y todas sus culpas les serían perdonadas.
Para contrarrestar el efecto de aquellas insidiosas proclamas, La Romana dictó el 17 de agosto en Rudkoibing una alocución en la que apelaba a los más altos sentimientos patrióticos de sus soldados:

> «¡¡¡Soldados!!! Queremos vivir y morir con nuestro pueblo […] nada hay más justo ni más noble que volver a la Patria para defenderla, en lugar de servir como mercenarios bajo banderas extrañas […]. Allí seremos

> recompensados con la admiración general y el agradecimiento eterno de nuestros conciudadanos; aquí solo nos espera la infamia y el envilecimiento, insoportables para el soldado español, que nunca retrocedió, en cambio, ante una muerte honrosa».

En los siguientes días, los españoles otearon sin descanso el horizonte en espera de ver llegar los barcos del almirante Saumarez, sin cuyo auxilio sabían que nunca sería posible su evasión. La situación era crítica y, cada hora que pasaba, se hacía más insostenible, ya que en cualquier momento los franceses y sus aliados podían desembarcar en Langueland.

Por fin, el almirante Saumarez llegó a Langueland el 18 de agosto, lo que provocó una explosión de entusiasmo entre los españoles. La Romana subió a bordo del Victory (la misma nave donde, ironías del destino, murió Nelson en la batalla de Trafalgar) y se entrevistó con Saumarez, que le comunicó que Suecia aún no había dado autorización para desembarcar a las tropas y que los barcos de transporte enviados por Londres aún no habían llegado (en realidad, ni siquiera habían partido todavía de Inglaterra). La Romana le dijo que no podían llegar a Suecia con los barcos de pesca y que no estaba dispuesto a permanecer inmóvil en aquella isla, esperando que los franceses los masacraran.

Al final, Saumarez accedió a la súplica de La Romana. Los españoles embarcarían en los barcos de guerra y, los que no tuviesen sitio, en los barcos daneses.

El 21 de agosto partieron los barcos rumbo a Gotemburgo, sin haber recibido todavía autorización para desembarcar en dicha ciudad. El 28 de agosto el convoy entraba en la bahía de Gotemburgo, pero el rey de Suecia prohibía el desembarco de los españoles. Por tanto, hasta que no llegaron los barcos de transporte ingleses, los soldados españoles permanecieron en sus naves y en los islotes despoblados de la bahía de Gotemburgo. El 5 de septiembre llegaron por fin los 37 barcos de transporte enviados desde Inglaterra. Y el 12 de septiembre partieron rumbo a La Coruña, si bien debido al pésimo estado del mar, terminaron arribando en las costas cántabras y asturianas. Pocos días después, los soldados de la División del Norte entraban en campaña contra los franceses. Páez de la Cadena desembarcó en Santander el 8 de octubre de 1808. Y el conde de San Román, comandante de las tropas españolas repatriada (La Romana se quedó unos días en Londres), en el parte publicado en la *Gazeta de Madrid* el 21 de octubre de 1808, dedicó unas líneas al inteligente auditor:

> «Los gefes, oficiales y demás empleados del estado mayor general desean servir con utilidad en las actuales circunstancias, y en los destinos que se crea conveniente; y el auditor general D. Juan Miguel Páez de la Cadena me ha pedido en particular con el mayor interés exponga a V. A. S. quánto celebrará qualquiera comisión que se le confíe. Yo conociendo su apreciable conducta, zelo y circunstancias que le adornan, no he dudado verificarlo,

porque comprehendo que lo hará también el Excmo. Sr. general en gefe, a quien consta más bien lo que ha cooperado con sus luces y patriotismo al logro de nuestra empresa».

Al cambiar la fórmula del juramento ordenada por Napoleón, aquel auditor consiguió que ninguno de los soldados de la División del Norte fuese considerado un traidor.

Tras el regreso de Dinamarca, Páez de la Cadena desempeñó importantes cargos, entre los que podemos citar los siguientes:

- En 1809 fue nombrado ministro del Tribunal de Policía y Seguridad Pública, en Sevilla.
- En 1812 fue nombrado diputado por Sevilla en las Cortes de Cádiz.
- En 1815 fue nombrado miembro de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de la Guerra.
- En 1820 fue nombrado miembro de la Sala de Justicia del Tribunal Especial de Guerra y Marina.
- En 1823 fue nombrado embajador en Londres, pero renunció a favor de Cea Bermúdez, que hasta entonces era embajador en Rusia.
- En 1824 fue nombrado embajador en Rusia.
- En 1833 cesó como embajador, pero no regresó a España, sino que permaneció una temporada en Rusia, hasta su traslado a Dresde.

Páez, que tanto había dado por España, falleció en Dresde el 18 de diciembre de 1840. No dejó esposa ni hijos. Tan solo el lejano recuerdo de su hazaña en tierras del Norte. Gracias a su astucia y a su atrevida intervención, la gesta de los hombres de la División de La Romana pasó a la historia sin la más mínima sombra de traición.

Bibliografía

ALBI DE LA CUESTA, J., y STAMPA PIÑEIRO, L. "El capitán don Antonio Costa; una muerte romántica en Dinamarca", *Revista de Historia Militar*, nº 54,1983.

ANGUITA OSUNA J.E., SILVA SOTO, A. (coord.). *Aportaciones históricas y jurídicas sobre el reinado de Fernando VII,* Madrid, URJC, 2019.

BOPPE, P. *Les Espagnols a la Grande-Armée*, París-Nancy, Berger-Levrault edit, 1899.

BUENO CARRERA, J.M. *La expedición española a Dinamarca (1807-1808).* Madrid, Edit. Aldaba, 2000.

BUKHARI, E. *Napoleón's Marshals*, London, Osprey, 1979.

CASSINELLO PÉREZ, A. *El Capitán General Marqués de la Romana (1761-1811).* Madrid, Fundación Instituto Empresa, 2012.

CIFUENTES CUENCAS, M. *El Imperial Alejandro. El Ejército en los orígenes del constitucionalismo español*. Madrid, Ministerio de Defensa, 2018.

CIFUENTES CUENCAS, M. "Juan Miguel Páez de la Cadena. El auditor que se burló de Napoleón", *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 113 y 114, enero-diciembre 2020.

COSTA SIMÓN, M.F. "Problemas jurídicos y peculiaridades administrativas de una empresa singular: La expedición militar del Marqués de La Romana a Dinamarca (1807-1808)", *Revista de Historia Militar,* nº 69, 1990.

COSTA, M. *El Marqués de la Romana.* Mallorca, El Tall editorial, 1990.

DE PORRAS Y RODRÍGUEZ DE LEÓN, G. *De los últimos de Kronstad y otros olvidados de la guerra de la Independencia*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2009.

DIAZ ROMANACH, N. "Tropas españolas en el Báltico", *Revista de Historia Militar nº 53,* 1982.

FERNÁNDEZ GAYTÁN, J. "Con el marqués de La Romana en Dinamarca. La División del Norte y la ayuda que la escuadra inglesa prestó a su evasión (1807-1808)", *Revista General de la Marina* n.º 160. 1961.

GIL NOVALES, A. *Diccionario biográfico de España (1808-1833)*, T. III. Madrid, Fundación MAPFRE, 2010.

GODCHOT, C. *En Denemark. Les Espagnols du marquis de La Romana (1807-1808),* París, Auguste Picard, 1924.

GÓMEZ DE ARTECHE Y MORO DE ELEXAVEITÍA, J. *Discursos leídos ante la Real Academia de Historia*, Madrid, Imprenta y estereotipia de M. de Rivadeneyra, 1872.

GÓMEZ DE ARTECHE Y MORO DE ELEXAVEITÍA, J. *Guerra de la Independencia. Historia Militar de España de 1808 a 1814*, T. I, Madrid, Imprenta y estereotipia de M. de Rivadeneyra, 1972.

HAYTHORNWAITE, P. *Napoleón's Comanders.1792-1809*, London, Osprey, 2001.

LLANZA Y DE VALLS, R. de. *Un español en el Ejército de Napoleón: diario de don Rafael de Llanza y de Valls, capitán del antiguo Regimiento de Infantería de Guadalaxara*. Madrid, Edit. Almena, 2008.

MARTÍNEZ GUITIÁN, L. *El marqués de La Romana*, Santander, Edit. Aldus Artes Gráficas, 1944.

MÖRNER, M. *El marqués de La Romana y el mariscal Bernadotte. La epopeya singular de la División del Norte en Dinamarca (1808)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

MÖRNER, M. *"*Suecia y el regreso de la División del Marqués de La Romana desde las islas danesas a la patria invadida en 1808"*. Islas con historia. Reflexiones sobre el pasado y presente de España y Suecia* (X encuentro histórico España-Suecia.). Las Palmas. 2003.

MÖRNER, M. *La expedición del Marqués de la Romana.* Madrid, Fundación Instituto Empresa, 2003.

MUÑOZ MALDONADO, J. *Historia política y militar de la Guerra de la Independencia de España contra Napoleón Bonaparte desde 1808 a 1814*, Madrid, Imprenta de José Palacios, 1833.

OSMA, J. *Noticias sobre la vuelta del Ejército español de Dinamarca*, Collection des Mémoires, París, 1824.

PÉREZ DE GUZMÁN Y GALLO, J. "Informe a su majestad el rey don Alfonso XIII, acerca del capitán don Antonio Costa, de la expedición auxiliar del marqués de La Romana al norte y su sepulcro en Fredericia (Dinamarca)". Boletín de la Real Academia de la Historia, julio/septiembre, 1909.

PRIEGO LÓPEZ. J. *La guerra de la Independencia 1808-1814*. Vol. II, Madrid, San Martín, 1989.

ROBERTSON, J. *Narrative of a secret misión in the danish islands*, Londres, 1863.

LA ROQUETE (De). *Mémoires sur les opérations de l'armée espagnole en Danemark*, París, 1824.

SCHÉPELER, B.A. *Histoire de la Révolution d'Espagne et de Portugal. Ainsi que de la Guerre qui en resulta,* Liège, Desoer éditeur, 1831.

SOTTO AGUILAR, S. (Conde de Clonard). *Historia orgánica de las Armas de Infantería y Caballería españolas. Desde la creación del Ejército permanente hasta nuestros días*. Madrid, 1851.

VARIOS. *Memorias de soldados españoles durante la Guerra de la Independencia (1806-1815)*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2009.

WINSLOW COPLEY, Goodwin: "El marqués de la Romana y los planes ingleses para la defensa de España en 1808", *Revista de Historia Militar,* nº 36, 1974.

EL JURÍDICO, UN SOLDADO DE FUTURO

Introducción

El papel asumido por España en la esfera internacional ha propiciado cambios singulares en nuestras Fuerzas Armadas en los últimos treinta años. Un proceso de evolución continuo, que ha tenido en la pertenencia a organizaciones internacionales de seguridad y defensa el motor principal de cambio.

En este contexto, el aspecto doctrinal emerge como una de las áreas de más desarrollo. Y esto es así porque para España, el hecho de interiorizar sus obligaciones como país miembro, lleva consigo cierta estandarización intelectual con importantes repercusiones en la doctrina nacional. Las naciones no solo deciden colectivamente, sino que piensan de forma conjunta sobre problemas actuales, posicionándose adecuadamente ante los futuros.

En la actualidad, los escenarios en donde se desarrollan las operaciones militares se han vuelto más complicados, mientras el panorama estratégico obliga

a tomar decisiones con mucha previsión y no poca determinación. En este mundo cada vez más interconectado aparecen nuevos elementos que considerar en el pensamiento militar. El papel cada vez más importante de la tecnología, la interacción del elemento militar con el elemento civil y su percepción, la búsqueda de la legitimación internacional y la aplicación casi quirúrgica de unos efectos concretos, son factores de un peso que no se puede ya despreciar.

La disuasión militar va a exigir áreas de operaciones conveniente y anticipadamente preparadas, con mecanismos acordados para mover con rapidez fuerzas y recursos, con un grado alto de resiliencia en sus infraestructuras y en su capacidad de abastecimiento, preparadas para simultanear, durante periodos de tiempo muy prolongados, las actividades del sector civil con las propias militares.

Esta convivencia con el componente civil es enormemente ardua durante el periodo de competición estratégica previo a la crisis. Y esta dificultad se agudiza cada vez más por dos factores: de un lado, la necesidad de actuar en ese tiempo de competición estratégica para disuadir de forma creíble; y de otro lado, el consenso que es necesario para que las naciones acuerden qué mecanismos son necesarios implementar y qué recursos asignar para combatir unidas.

Ante esta complejidad, donde la resiliencia de la industria nacional y de la población civil es determinante, las operaciones militares van a desarrollarse integrando capacidades no siempre militares.

Y es en este marco donde vamos a focalizar nuestro análisis sobre un concepto doctrinal que, en las últimas décadas, ha demostrado utilidad para gestionar con éxito el uso del instrumento militar con los otros instrumentos de poder.

El *lawfare*, en su denominación anglosajona, es un concepto en desarrollo que partiendo de cierta conceptualización pasiva ha ido evolucionando, tras un análisis quizás más certero de sus posibilidades, a un concepto más funcional.

Partiendo de la hipótesis inicial establecida, es decir, la necesidad de incorporar al desarrollo doctrinal nacional el concepto de *lawfare*, se desarrolla un consecuente análisis sobre el «quién» y después el «cómo».

La hipótesis inicial se justifica en la lectura de lo que acontece a nuestro alrededor. El concepto de globalización de la amenaza no solo hace referencia al potencial alcance de esta, sino también a la exigencia de entender dicha amenaza como propia, aunque afecte de forma indirecta y sus efectos no sean apreciables. Sobre esa premisa, entendiendo en su globalidad las consecuencias de la pertenencia a una alianza, España debe de incorporar en sus disciplinas la realidad del *lawfare*. Lo contrario sería sustraerse a una realidad y asumir un riesgo cuya severidad iría aumentando con el tiempo.

En el ámbito de las Fuerzas Armadas españolas, el «quién» parece más claro que el «cómo». El Cuerpo Jurídico Militar, perteneciente a los cuerpos comunes, es el agente a priori ideal para identificar y asumir las actividades que el

lawfare admite. Por tanto, de cumplirse la hipótesis y a la vista de sus actuales cometidos, el Cuerpo Jurídico debería afrontar una transformación de peso.
Ciertamente, aquí reside la mayor complejidad, puesto que lo conceptual, por importante que pudiera ser, debe subordinarse a la disponibilidad de recursos. Aun así, esta dificultad más que previsible no debe ralentizar más el análisis propuesto, ni la toma de ciertas medidas iniciales. El hacerlo, si se confirma la hipótesis, podría suponer asumir unos riesgos graves y probables.

1. La aparición y desarrollo del *lawfare*

1.1. Una primera aproximación

El fin último de todo trabajo orienta el grado de profundidad que requiere el análisis de sus elementos componentes. Bajo esta consideración, en el caso que nos ocupa, parece suficiente constatar la aparición y la existencia de un reconocimiento internacional del *lawfare*, más que definir con precisión quirúrgica su origen. Especialmente, cuando es innegable que el derecho o *law* ha sido utilizado como arma más allá de su concepción clásica, a lo largo de nuestra historia.
Desde Hugo Grotius, el «padre del derecho internacional», el empleo del derecho en el siglo XVII para defender los intereses de los Países Bajos (Kittrie, 2016: 5) hasta nuestros días, conforme las sociedades han ido desarrollándose, ha ido ocupando un sitio más prominente. Esta presencia, junto con la revolución tecnológica, la globalización mundial, el auge del derecho internacional y de ciertas organizaciones internacionales, han incentivado el compromiso de las naciones con un conflicto armado más justificado y ponderado, lo que ha permitido el desarrollo del derecho como un instrumento de poder no desdeñable.
De la lectura de la bibliografía parece claro que se otorga con cierta unanimidad al general de división retirado Charles J. Dunlap, antiguo *US Judge Advocate General*, el honor de ser el primero en acuñar el término *lawfare* (Dunlap, 2001).
Esta inicial definición como «arma de guerra» iría evolucionando por parte del mismo autor, desde una concepción defensiva y global a un término más concreto, contemplando incluso su posible naturaleza ofensiva. En esta línea, Dunlap limitaría el término a un método de guerra donde el derecho se erige como una forma más para lograr un objetivo militar (Dunlap, 2009: 35), ampliando con posterioridad esta conceptualización a una forma más de guerra asimétrica (Dunlap, 2017: 9), en síntesis, «la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional» (Suberviola, 2016: 190).
En principio, esta deriva tiene sentido. En primer lugar, porque tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 hubo un reconocimiento en Estados Unidos a la

amenaza que suponía el uso del derecho como arma, por parte de un agresor que carece de capacidad militar convencional, como los grupos terroristas o no estatales. Después, un análisis más profundo es el que impulsa la evolución del concepto de *lawfare* en el marco de una conceptualización más amplia de la guerra, no tan focalizado en la amenaza terrorista y más en la guerra asimétrica e híbrida (Voyger, 2018: 2)[1].

Vista desde otra perspectiva, esta evolución es lo que algunos autores han identificado como una transición desde un enfoque negativo (Dunlap, 2011: 316), el mal uso incluso inmoral del derecho, el cual hay que combatir, a otro enfoque positivista bajo el que se concibe al *lawfare* como un elemento instrumental que ha de incorporarse al pensamiento militar del siglo XXI (Dunlap, 2009: 34-39). Bajo ese prisma negativo, por ejemplo, se mencionan las *Malign Legal Operations* (Fisher, 2019: 193), o la denominada «perversión» del derecho o abuso del derecho para de alguna forma acomodar la legitimidad de las operaciones a la propia conveniencia, justificar las propias acciones y esquivar las obligaciones convencionales y consuetudinarias del derecho internacional y del nacional.

Desde esta especie de concepción asimétrica (Stephens, 2011: 328) por aquellos agentes que muestran sistemáticamente una falta de adherencia a las obligaciones jurídicas, el *lawfare* evoluciona hasta una concepción más utilitaria (Kearny, 2011: 90), fruto de la cual empieza a tomar forma un *lawfare* ofensivo o defensivo (Williams, 2010: 149) según su finalidad.

A través de la consolidación de un sistema judicial internacional, en donde cabe destacar el papel desarrollado por la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el *lawfare* empieza a ver concretado el espacio donde comenzar su puesta en escena. Y ello se confronta con una reticencia formal a su empleo, por parte de países como Estados Unidos e Israel, fundada en un temor a la propia deslegitimación. Este efecto es el denominado *legal boomerang,* o lo que es lo mismo, la debilidad que suscita la adherencia a las obligaciones jurídicas. La necesidad de mantener la iniciativa y denegar el campo de un derecho garantista a aquellos que hacen un uso en contra de los intereses propios (Muñoz y Bachman, 2016: 63-87), justifica la ponderación adecuada de ese temor y una actitud más activa.

En un contexto donde los conflictos reducen la aplicación efectiva del derecho, especialmente en aquellos donde se usa esa falta de respeto como método para combatir (Heintze y Thielbörger, 2016: 17), el empleo del *lawfare* para proteger la percepción que proyecta un Estado de derecho (Dunlap, 2009: 35) se revela vital. La actitud de Estados Unidos, quizás más desenvuelta en los últimos años, respecto al *lawfare* (Goldenziel, 2021: 1089), y su previsible influencia permiten

1 «Estas definiciones originales se centran en la explotación de la ley principalmente con fines militares, lo cual es comprensible dado que el término "guerra híbrida" no entró en el lenguaje político occidental hasta el verano de 2014 con su adopción oficial por la OTAN» (traducción de cortesía).

apuntar una evolución conceptual más en profundidad y su traducción en medidas y procedimientos más concretos.

1.2. El ámbito híbrido

El desarrollo del concepto de *lawfare* ha ido ajustando la posibilidad de su uso a la propia evolución de las formas de conflicto.
Inicialmente, el marco proporcionado por el tipo de conflicto asimétrico, donde un adversario con menores recursos hace un uso interesado del derecho, permitió entender las posibilidades del *lawfare* y profundizar en su rol positivo e instrumental (Dunlap, 2009: 35).
Posteriormente, el conflicto híbrido toma el relevo, ofreciendo nuevas oportunidades para continuar con este análisis, puesto que en su estrategia conductora intervienen junto a elementos militares (convencionales o no) otros que no lo son. La auténtica novedad de este tipo de conflicto es precisamente la interacción coordinada de estos elementos en un mismo campo de batalla (Hoffman, 2007).
El pensamiento militar occidental ha sido reticente a incorporar el conflicto híbrido al cuerpo doctrinal. Según algunos ha habido una excesiva laxitud en analizar el carácter de las guerras modernas (Hoffman, 2007: 12), estando el pensamiento militar occidental más focalizado en el conflicto convencional tradicional, en el que a priori es superior.
En contraposición a esta postura, ciertos estados como Rusia, China y algunos grupos terroristas, han llevado a cabo un uso extensivo de campañas híbridas en donde el *lawfare* ha sido un elemento fundamental (*pivotal element*) (Voyger, 2018: 1-8).
La importancia de estas campañas híbridas, analizando los objetivos logrados y el innegable papel desarrollado por el *lawfare*, obliga a replantearse la deriva del pensamiento militar occidental para poder concluir hasta qué punto el *lawfare* está siendo obviado. Para ello resulta clarificador considerar ciertas características del conflicto híbrido y el posible encaje del *lawfare*:

- En el conflicto híbrido se busca obtener unos efectos determinados en un terreno complejo que dificulte el empleo convencional de la fuerza (Hoffman, 2007: 15). Dicho empleo estará sujeto a limitaciones en el uso de la fuerza, implicará daños colaterales sobre infraestructura vital, la población y alimentará ciertas narrativas que habrá que contrarrestar.
- Se buscarán efectos a nivel táctico y operacional, coordinados y sinérgicos con los efectos estratégicos a conseguir. Se empleará un gran número de alternativas diferentes, basadas en una mescolanza de modos de lucha (Hoffman, 2007: 14), llevada a cabo por diversos agentes y empleando distinta tecnología.

- Los estados interactúan con un coste menor de recursos militares en comparación con la guerra convencional (Muñoz y Bachman, 2016: 68), pero también el conflicto híbrido se desarrolla en un umbral más bajo que el convencional, siendo más sostenible y admisible. Es previsible que el nivel de respuesta de las naciones agredidas sea menor y las acciones lawfare de protección menos toleradas, por esa falta de noción de haber sido agredidas.
- Los dominios del campo diplomático, militar, económico, cultural, religioso y de la información, tienden a solaparse. Ello convierte en obsoleta la idea de delimitar la guerra al elemento militar y, por otra parte, medir la intensidad de la guerra por el número de bajas (Liang y Wang, 1999: 162).
- El concepto de guerra híbrida plantea desafíos constantes a la seguridad y paz internacionales, dañando los marcos jurídicos nacional e internacional, cuestionando la validez de sus normas.
- La dificultad en delimitar los umbrales del conflicto híbrido impedirá su caracterización como conflicto armado. El lawfare buscará explotar esas situaciones de ambigüedad (Muñoz y Bachman, 2016: 74), aumentando la legitimidad de las acciones, dificultando las del adversario e influyendo en las percepciones, en definitiva, condicionando.

Todas estas características, de alguna forma interconectadas, muestran escenarios de aplicación del *lawfare* en el marco de un tipo de conflicto que, por fuerza, hemos de admitir como válido. No obstante, parece oportuno que el *lawfare* acompañe a la evolución conceptual del conflicto militar y no quede restringido únicamente a un tipo concreto, máxime si aceptamos que el *lawfare* es un elemento integrante del espectro de la guerra.

Por otra parte, el *lawfare* habrá de ser un elemento constitutivo de los tres niveles en donde se desarrollan las operaciones militares: el estratégico, operacional y el táctico. Y ello es así porque en el nivel estratégico de toda operación se habrá de garantizar la legitimidad (Suberviola, 2016: 211) como un requisito en donde fundamentar la misma operación militar. A la vista de esa legitimidad, se podrá construir un esquema estratégico que permita el planeamiento y conducción de las operaciones al nivel operacional y táctico. En esta medida, siguiendo la lógica militar, el *lawfare* habrá de desarrollarse en los tres niveles antes aludidos (Williams, 2010: 145-147)

2. El escenario internacional

2.1. Los primeros indicadores

En la década de los 2000, el empleo intencionado del *lawfare,* por parte de pequeños actores no estatales (Stephens, 2011: 330), cuestionando la legalidad

de la intervención de los EE. UU. en el exterior (Dunlap, 2012: 120) y las propias consecuencias de una mala praxis por parte de las fuerzas militares de dicho país (Dunlap, 2009: 34)[2], despertó las conciencias de los académicos sobre el potencial del *lawfare*.

Mientras esto ocurría, las consecuencias de la globalización sobre el comercio y la economía, al igual que la necesidad de mantener la confianza en el inversor, reforzaban cada vez más el papel del derecho internacional (Kearny, 2011: 83) y el de sus foros, como instrumento voluntariamente aceptado por los estados para resolver pacíficamente sus disputas. La adherencia de las naciones a dicho derecho permitió que por medio de los principios de *bona fides*, libre consentimiento y *pacta sum servanda*, se contribuyera a un orden internacional basado en el derecho o RBIO[3]. Mientras, otras naciones, con un grado de adherencia a las obligaciones jurídicas internacionales más laxo, empezarían a ver las posibilidades de ese derecho como posible elemento de desestabilización contra ciertas naciones, cuyo respeto al orden internacional suponía una vulnerabilidad.

El progreso conceptual del *lawfare* y su nexo con la propia evolución de los tipos de conflictos, tiene en la percepción que genera un elemento clave para analizar convenientemente la trayectoria doctrinal que está siguiendo.

Inicialmente, fue la intervención de actores de pequeña entidad (Kittrie, 2016: 12) como Hamas, Hezbollah, los propios talibanes en Afganistán, o incluso iniciativas particulares de bufetes de abogados y organizaciones no gubernamentales, los que impulsaron el interés inicial por el *lawfare* ante cierta vulnerabilidad de los estados que cuentan con regímenes de Estado de derecho plenos. «Vulnerabilidad» cuyo origen residía en la incorporación integral del derecho internacional en sus legislaciones, frente al desprecio de otros (Dunlap, 2012: 120).

Por otro lado, la internacionalización del conflicto palestino desde una perspectiva legal, no solo política, dotó a la Autoridad Palestina de una identidad propia. Ello permitió su adhesión a tratados y organizaciones internacionales, al igual que la búsqueda de sus objetivos políticos a través de *lawfare* (Kittrie, 2016: 1). La consecuente interacción con Israel, a modo de campo de pruebas (Logan, 2017: 26), permitió el entendimiento del papel del *lawfare* en los conflictos, a lo que contribuyó las propias conclusiones derivadas de su empleo por parte de Israel, en la guerra del Líbano de 2006 (Dunlap, 2009, 36).

---

2 Al principio de las primeras fases de la guerra de Irak, miembros del Ejército norteamericano y de la CIA cometieron una serie de violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra con algunos detenidos en la prisión Abu Ghraib, en Irak. Los abusos salieron a la luz pública en abril de 2004 «[…] Este desastre militar estratégico no estuvo relacionado con la fuerza de las armas, sino que se centró en las ilegalidades, demuestra cómo el derecho ha evolucionado hasta convertirse en un elemento decisivo, y a veces en el único elemento decisivo, de los conflictos contemporáneos […]» (traducción de cortesía).

3 La expresión en inglés es *Rules-Based Internacional Order* (RBIO).

La utilización extensiva del *lawfare* por China y Rusia, enmarcada en estrategias prediseñedas (Goldenziel, 2021: 1170), que ciertamente no se vio contrapuesta por una estrategia norteamericana[4], ni de sus aliados en la OTAN, ayudó a forjar esa percepción negativa que arrastraba el *lawfare* en muchos estados democráticos. Bien por un miedo a una posible pérdida de legitimidad por el uso del derecho para alcanzar objetivos políticos-estratégicos, o por la dificultad que entraña una aproximación colectiva a este problema, el hecho es que no se confrontó el empleo del *lawfare* por estos actores (Kittrie, 2016: 311), ni siquiera ante la evidente merma del RBIO, o la conveniencia de analizar la lógica de su uso y su ajuste al marco propio nacional.

2.2. Rusia y China

El uso del *lawfare* por parte de Rusia no tanto por su indiscutible tradición (Goldenziel, 2021: 1142), como por su actuación sistematizada, merece la debida atención.

Del carácter institucional en su aplicación se puede deducir la complicidad entre el poder legislativo y el ejecutivo. Complicidad que, basada en la falta de división de poderes, indica su nivel de integración (Voyger, 2018: 4), para la toma de decisiones y su potencial peligrosidad.

Al contrario que EE. UU., reticente a implementar una estrategia institucionalizada de *lawfare* (Goldenziel, 2021: 1170). Rusia ha encontrado en la denominada «doctrina Gerasimov» el marco adecuado para su empleo junto a otras herramientas de carácter militar. Esta doctrina, sea atribuible al general Gerasimov o no, o incluso sea el resultado de un análisis forzado por parte de los analistas occidentales (Bartles, 2016: 30-38), constituye una referencia útil para dotar de sentido a la metodología rusa y al uso del *lawfare* que realiza.

La doctrina Gerasimov establece que el uso de procedimientos híbridos (irregulares) «[…] no está reservado a la parte más débil, sino que es una característica general de los conflictos armados actuales» (Palacios, 2016). Ello supone un cambio conceptual importante mientras se incide en dos cuestiones que, en relación con el *lawfare*, son de suma importancia. Por un lado, el hecho de que la acción de la fuerza militar ya no es siempre la primera opción, al existir otras opciones que en combinación o por sí solas pueden cooperar o lograr objetivos militares. Por otro lado, la mayor importancia de la coordinación interministerial (o de los poderes del Estado) considerando la diferente naturaleza de las acciones que realiza el adversario.

4 Ya en 2005 el Departamento de Defensa norteamericano en su «*National Defense Strategy*» apuntaba el problema: «Nuestra fortaleza como Estado-nación seguirá siendo cuestionada por aquellos que emplean una estrategia de los débiles utilizando foros internacionales, procesos judiciales y terrorismo» (traducción de cortesía). *Cfr.* Department of Defense. «The National Defense Strategy of The United States of America». Marzo, 2005.

En esta línea, el *lawfare* ruso se presenta como una parte integrante de las acciones híbridas en un marco defensivo (Bartles, 2016: 32)[5] en respuesta a un patrón occidental de actuación que incluye acciones de todo tipo (Voyger, 2018: 4) (políticas, diplomáticas, económicas, relacionadas con el dominio cognitivo (Servert y Calvo, 2021: 4)[6] y ciber). Desde el punto de vista ruso, el cambio en la naturaleza en la amenaza justifica la necesidad de adquirir capacidades que contrarresten las amenazas asimétricas e híbridas y, en esa medida, estas capacidades han de ser tan variadas como variadas son las naturalezas posibles de la amenaza (Bartles, 2016: 32).

El empleo del *lawfare* por parte de Rusia para proveer de una base jurídica y una narrativa adecuada a sus acciones de desestabilización (Voyger, 2018: 1) está siendo objeto de un estudio en profundidad. El uso sistemático de Rusia del *lawfare* instrumental, en el ámbito institucional y en el dominio cognitivo, ha tenido un campo de actuación muy extenso desde Moldova (1992), Estonia (2007), Georgia (2008 y 2014), Siria (2011), hasta Ucrania (2014 y 2022).

En todos estos casos, Rusia ha presentado cierta metodología en su actuación, creando un patrón de acciones sistemáticas y justificándolas en una supuesta petición de ayuda por parte de minorías locales o incluso gobiernos. Y en coherencia con esta narrativa, dando una respuesta justificada por la obligación de tomar esas poblaciones bajo su protección, asumiendo el control político y del territorio de esas etnias (Voyger, 2018: 3).

Esta reinterpretación ha venido acompañada de acciones *lawfare* que han tenido réplica en otros conflictos donde ha intervenido Rusia. La modificación de la legislación interna para la expedición masiva de pasaportes a minorías rusas o «pasaportización» fuera de la Federación, para incrementar así el número de ciudadanos rusos objeto de la obligación jurídica de ser protegidos (Voyger, 2018: 5)[7]; la explotación de las indefiniciones contenidas en los protocolos de verificación de

5 «Sin embargo, Rusia considera que el patrón de "cambio forzado del régimen", patrocinado por Estados Unidos, ha sido suplantado en gran medida por un nuevo método. En lugar de una invasión militar abierta, las primeras ráfagas de un ataque estadounidense provienen del establecimiento de una oposición política a través de propaganda estatal (por ejemplo, CNN, BBC), Internet y las redes sociales, y organizaciones no gubernamentales (ONG). Después de inculcar con éxito la disidencia política, el separatismo y / o la lucha social, el gobierno legítimo tiene cada vez más dificultades para mantener el orden. A medida que la situación de seguridad se deteriora, los movimientos separatistas pueden ser avivados y fortalecidos, y las operaciones especiales no declaradas, las fuerzas militares convencionales y privadas (contratistas de defensa) pueden intervenir para luchar contra el gobierno y causar más estragos» (traducción de cortesía).

6 «[…] podríamos definir el Dominio Cognitivo como aquel que incluye las percepciones, creencias, comportamientos y toma de decisiones de los seres humanos, y la influencia externa que se puede ejercer sobre estos aspectos para modificarlos. Todo ello considerando al ser humano en su doble vertiente de individuo y a la vez ser social integrado en una comunidad. La actividad esencial en el Dominio Cognitivo es la influencia, que se consigue mediante la gestión de la información que los seres humanos y las sociedades reciben».

7 *«Vladimir Putin postuló el concepto del "mundo ruso"* ("Russkiy Mir"), una continuidad supranacional que incluye a la población fuera de las fronteras de Rusia que ha de permanecer vinculada a ella no solo por vínculos legales y étnicos, sino también por vínculos culturales» (traducción de cortesía).

armamento de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) en virtud de lo establecido en el Documento de Viena; el bloqueo de resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante su derecho a veto para justificar «corredores humanitarios» u «operaciones de paz»; la creación o modificación de leyes nacionales para la anexión de nuevos territorios o para reducir los tratados internacionales a meros documentos referenciales y sin fuerza jurídica; o la celebración de juicios sin garantías legales (Voyger, 2018: 3; Muñoz y Bachmann, 2016: 85), son claros ejemplos.

Por otro lado, la región del Ártico, dada cierta interinidad en su estatus jurídico, se está convirtiendo en tierra fértil para el uso del *lawfare* por parte de Rusia (Muñoz y Bachmann, 2016: 13). Sin duda, la detección y análisis de sus patrones de conducta en un área como el Ártico, donde Rusia goza de una clara superioridad de capacidades, han de cooperar a establecer indicadores de sus potenciales acciones en otras regiones tan distantes como África, Sudamérica o ciertas regiones de Europa y estar en disposición de prever así los intereses y objetivos político-militares de Rusia.

China, por su lado, ha efectuado una aproximación al *lawfare,* algo más ordenada y discreta, a lo que sin duda ha coadyuvado su marco doctrinal (Suberviola, 2016: 194). Esto le ha permitido desplegar la estrategia de *lawfare* más avanzada entre los potenciales adversarios de Estados Unidos (Goldenziel, 2021: 1088) y desarrollar precondicionamientos estratégicos que con el tiempo son insuperables (Muñoz y Chalanouli, 2020).

La referencia doctrinal más importante se encuentra en la obra *Unrestricted Warfare*, de los coroneles del Ejército Popular de Liberación chino, Qiao Liang y Wang Xiang-sui. Esta doctrina se desarrolló en 1999, construye un modelo de guerra ilimitada, alejado de su concepto tradicional (Davis, 2015: 21), cuyo fin es derrotar a un enemigo tecnológicamente superior y presentar a China como una alternativa hegemónica en todos los ámbitos ante el fracaso de occidente. Para ello, el modelo (Liang y Xiangsui, 1999: 19) plantea una serie de acciones alternativas englobadas en tres ámbitos de actuación: *legal warfare* (Goldenziel, 2021: 1085)[8]*, psychological warfare y public opinion o media warfare, ámbitos en donde se desarrollan las operaciones de influencia.*

Dentro de este modelo doctrinal, el *lawfare* en su concepción *china* (*legal warfare)* (Liang y Xiangsui, 1999: 19) va a nutrirse de normas domésticas y del derecho internacional, para proyectar los intereses del Partido Comunista Chino. Se intentará modelar el entorno según los propios intereses, disminuir la libertad de acción del adversario para ganar el mayor apoyo internacional posible y disminuir las repercusiones de carácter político que las acciones de carácter

8 «El ejército chino prioriza la guerra jurídica como una de las Tres Guerras que dan forma a las operaciones de influencia de sus militares» (traducción de cortesía).

militar puedan tener (Walton, 2012). Por otro lado, los ámbitos de actuación están interconectados entre sí y se refuerzan caso de ser necesario tanto en paz como en guerra (Goldenziel, 2021: 1094).

La mención especial que merece China tiene una doble justificación. Primeramente, porque el Partido Comunista Chino en la figura del Estado chino ha sido el primero en institucionalizar y en elaborar un cuerpo doctrinal donde el *lawfare* tiene un perfecto encaje en el objetivo de alcanzar todos los intereses nacionales. Y finalmente, por el grado de actividad sin precedentes mostrado durante este siglo (Logan, 2017: 11).

La competición permanente entre EE. UU. y China, más allá del mero ámbito comercial, enmarca de manera adecuada la agresividad china en el campo del *lawfare*. Su uso extensivo ha buscado apoyar su expansión geográfica, principalmente a lo largo del mar del Sur de China, una de las más importantes áreas estratégicas del mundo, por donde pasa aproximadamente un 40 % (Guilfoyle, 2019: 1005) del tránsito comercial mundial.

Lo que ocurre en esta zona del océano Pacífico ilustra muy bien el proceder chino para alinear todas sus capacidades[9] y controlar rutas comerciales de importancia vital para su expansión comercial. Más específicamente, China viene a reclamar el derecho a un estatus especial dentro del área marítima incluida dentro del espacio limitado por la autodefinida *nine-dash line* (Guilfoyle, 2019: 1005), demarcación que se sitúa muy cerca de Filipinas, Vietnam, Malasia, Brunei y las islas Riau (Indonesia).

A su vez, acompaña dicha exigencia con todo un compendio de acciones *lawfare* que fundamentalmente apoyan la reivindicación de derechos históricos, la soberanía sobre accidentes geográficos que artificialmente se han transformado en islas, los consecuentes derechos adquiridos sobre las doce millas náuticas de aguas territoriales y las doscientas millas náuticas de la zona económica exclusiva que corresponde a los territorios reivindicados y la utilización de una milicia marítima (*People's Armed Force Maritime Militia*), coloquialmente conocida como los «pequeños hombres azules».

Lo que es lo mismo, una política de *faits accomplis,* en donde el *lawfare* se muestra como elemento activo de todas las acciones desplegadas en la zona para defender, ante la comunidad internacional y los tribunales internacionales, ciertas narrativas interesadas y moldear al Derecho del Mar de acuerdo con objetivos partisanos (Goldenziel, 2021: 1.129). Parece evidente pensar que este

9 *«Los analistas han comentado que la regulación, que entró en vigencia el 1 de septiembre de 2021, es otro intento de la República Popular China de reclamar reclamos marítimos expansivos en los mares de China Oriental y Meridional al ignorar el derecho y los tratados internacionales... Según la enmienda a la Ley de Seguridad del Tráfico Marítimo de China, los operadores de sumergibles, buques nucleares, barcos que transportan materiales radiactivos y barcos que transportan petróleo a granel, productos químicos, gas licuado y otras sustancias tóxicas y nocivas deben proporcionar detalles sobre sus visitas a aguas reclamadas por China»* (traducción de cortesía). Cfr., Forum Staff. «PRC's new maritime traffic law 'a time bomb' for regional stability». Indo-Pacific Defense Forum.

patrón de conducta, que se refleja en otras áreas geográficas del Pacífico, ha de orientar el establecimiento de los indicadores que permitan la identificación precoz (Palmer y Johnson, 2016: 147)[10] en todos los dominios en donde China desarrolla su estrategia *lawfare* (Logan, 2017: 14): el terrestre, marítimo (Palmer y Johnson, 2016: 136), aéreo[11], el del espacio[12] y el ciberespacio (Logan, 2017: 20)[13]. En esa expansión, en busca de lo que no tiene, desde la energía hasta minerales esenciales, China está invirtiendo en infraestructuras de carácter crítico, controlando ciertos sectores industriales vitales y aquellos tecnológicos que le permitan disminuir la distancia tecnológica con los Estados Unidos, creando instituciones de carácter internacional para contrarrestar la supremacía norteamericana (Goldenziel, 2021: 1100). Mientras intenta controlar aquellas rutas comerciales de importancia capital. Todo ello conformaría la parte intangible de su expansión, no tan anclada directamente al elemento geográfico, pero sin duda pieza clave para orientar el diseño del *lawfare* que resulta necesario para contrarrestar esta irrebatible agresividad.

En síntesis, China ha adoptado un *modus operandi* basado en un *lawfare* agresivo (Guilfoyle, 2019: 1005), con la vista puesta en sus objetivos político-estratégicos. El esfuerzo realizado en concebir la posibilidad en el empleo del *lawfare* no solo ha supuesto un esfuerzo organizativo titánico para el gigante asiático, sino un creciente interés en intervenir en el escenario del derecho internacional (Kittrie, 2016: 186). Toda esta inversión, junto a los propios frentes jurídicos que permanecen abiertos, no permiten apuntar a una vuelta atrás.

Una comunidad internacional con diferentes perspectivas y a la que el problema chino, por ahora, afecta de forma desigual, deberá decidir si la estrategia china de promocionar una alternativa de orden jurídico y abrir nuevos espacios interpretativos partisanos en el ámbito del derecho internacional en donde defender sus posiciones, es refutada de forma global o no y en qué medida.

2.3. El tablero europeo

Con la firma del Tratado del Atlántico Norte en Washington el 4 de abril de 1949, la mayoría de los estados democráticos de Europa Occidental fundarían, junto a EE. UU. y Canadá, la OTAN.

---

10 «Lawfare analysts should look for temporal, political, and geographic discrepancies».

11 Hay que destacar el uso de China de *high altitude balloons* dada la falta de concreción específica por parte de la Organización Internacional de Aviación Civil y del Derecho Internacional. *Vid.* Headquarters Joint Operations Command. Legal US. Indo-pacific Command. Staff Judge Advocate (J06). *Bilateral legal memo.* 2022.

12 La actitud china pone en riesgo el posicionamiento y explotación de satélites por parte de la comunidad internacional. La importancia de las potenciales implicaciones es obvia.

13 Hay una ausencia notable de desarrollo normativo de carácter internacional en este dominio, en donde China ha retirado que no aplica el derecho de los conflictos armados.

Las naciones europeas daban un paso más para, a través del consenso, no solo proteger el desarrollo económico y social de Europa, sino desarrollar mecanismos de seguridad y defensa.

Mucho ha cambiado la OTAN desde los tiempos de la Guerra Fría hasta nuestros días. Si en un principio, debido al bipolarismo geopolítico, la OTAN dedicó sus esfuerzos de disuasión al desarrollo de los mecanismos de defensa, la organización ha ido incorporando más elementos de seguridad en paralelo a la evolución del panorama estratégico, al objeto de hacer frente a nuevas amenazas.

Un ámbito como la logística nos permite analizar desde una atalaya privilegiada esta evolución. Inicialmente, la aportación de las naciones a la OTAN exigía mecanismos ágiles de movilización nacional y un apoyo importante de la industria de la defensa. A partir del fin de la Guerra Fría, los presupuestos se reducen y la OTAN mira hacia el exterior proyectando su influencia para estabilizar la crisis en su comienzo. Es el tiempo de las operaciones expedicionarias.

Las naciones adaptan su doctrina y mecanismos de actuación, pero olvidan otros. Una OTAN que entiende como principal amenaza a Rusia y los grupos terroristas, empieza a perder esa mentalidad que antaño le permitió ejercer una disuasión creíble sobre el bloque soviético. La idea de una logística colectiva para disuadir y defenderse empieza a difuminarse.

El nexo, ya referido, entre globalización, economía y comercio, ha facilitado la influencia de ciertos agentes en la esfera internacional a través del *lawfare*. La adhesión a las normas internacionales, por parte de los estados, para así disponer de una estabilidad en los mercados, una economía sin injerencias de carácter malicioso y un respeto al orden internacional, ha sido contrarrestada por parte de Rusia y China, con una interpretación del derecho según los intereses particulares y un ciclo de decisión mucho más rápido a la vista de su naturaleza autócrata. Esa ofensiva, en el caso chino, tenaz, y, en el ruso, más explosiva, sorprende a la OTAN en mitad de un camino sin retorno, hacia un *enablement*[14] colectivo del continente europeo que le permita la defensa de su territorio.

La falta de despliegues a gran escala no ha permitido probar la capacidad de la OTAN para proyectar, mover, desplegar, sostener y, en su caso, reforzar a sus fuerzas. El sistema necesario para todo ello, de *enablement*, todo un entramado de infraestructuras, acuerdos legales, mecanismos de cooperación, *readiness*[15]

---

14 «Las actividades integradas de carácter gubernamental que sustentan la planificación de la OTAN con el fin de establecer las condiciones para el refuerzo y el abastecimiento en tiempos de paz, y a lo largo de la transición desde la fase de paz a la de crisis y las posteriores» (traducción de cortesía). Definición oficial de *Enablement* en la OTAN.

15 «El tiempo dentro del cual una unidad puede estar lista para realizar las tareas para las cuales ha sido organizada, equipada y entrenada. Este tiempo se mide mediante indicadores del personal, material y el

y despliegues de recursos por toda Europa, plantea un marco más complejo que engloba incluso al logístico. Desde esta perspectiva, resulta interesante analizar la conexión del *lawfare* con el teatro de operaciones, sus áreas prioritarias de actuación y el posible uso malicioso del derecho por parte de potenciales agresores:

- Enablement es una actividad a realizar desde tiempo de paz, que entra en conflicto con el sector civil y que deberá mantener un adecuado perfil para no superar el nivel de aceptación de la propia población. Ese equilibrio frágil puede alimentar ciertas narrativas que busquen dificultar esta cooperación, e incitar al empleo de un lawfare malicioso para tal fin.
- Existe una interdependencia entre la resiliencia de la población, de la industria civil y la resiliencia del sistema de enablement. Esta última se basa en la resiliencia de las infraestructuras y corredores de movilidad, por lo que, a través de la inversión de capital en puertos, aeropuertos, vías de comunicación, etc., ciertos países pueden interferir en la gestión de estas infraestructuras y afectar al sistema de enablement. Se dibuja al respecto un espacio de actuación para un lawfare que asegure el uso apropiado de toda esa red física, una vez las naciones decidan su activación.
- La movilidad militar[16] es un elemento vital. La fluidez en el movimiento de recursos a través de las infraestructuras de las naciones europeas es de una importancia capital y representa uno de los mecanismos de cooperación más importantes entre la OTAN y la UE. Mientras se produce un «alineamiento legal» entre las naciones, es necesario atender a ciertas áreas a las que proteger contra un lawfare malicioso. El uso de las propias infraestructuras que sostienen la red física, muchas compartidas con el sector civil, la utilización del espacio aéreo, el paso de fronteras, etc., dan idea no solo de la dificultad de establecer un acuerdo que englobe a todas las naciones OTAN y de la UE, sino también los objetivos prioritarios del lawfare a desarrollar por un agresor.
- El apoyo médico, parte integrante de la actividad de enablement, va a requerir un esfuerzo de armonización de carácter legal. La red hospitalaria civil va a ser un apoyo para la cadena de sanidad militar, especialmente en conflictos de alta intensidad. La capacidad nacional

estado de capacitación actual de la unidad. No incluye tiempo de tránsito» (traducción de cortesía). Definición oficial de *Readiness time* en OTAN.

16 «La movilidad militar es una iniciativa de la UE para garantizar la circulación rápida y fluida del personal, el material y los medios militares, incluso a corto plazo y a gran escala, dentro y fuera de la UE. Su objetivo es crear una red bien conectada, con tiempos de reacción más cortos e infraestructura segura y resistente» (traducción de cortesía). Consejo de la Unión Europea. *Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security.* 21 de marzo de 2022.

de transporte estratégico de bajas, la coordinación interestatal que lo facilite, la mejora de mecanismos que «automaticen» esa movilidad estratégica en determinados supuestos y la coordinación cívico-militar, son aspectos esenciales. En la medida que esto es así, se abren nuevos espacios para que un lawfare malicioso intervenga precisamente sobre aquellos elementos que son vitales en la coordinación de un apoyo médico a gran escala (stocks de productos, disponibilidad y fabricación de plasma sanguíneo, coordinación del espacio aéreo, etc.).

- El riesgo de que los propios estados de la OTAN, conforme nos aproximemos a una situación de crisis, compitan entre ellas por unos recursos críticos es alto. El denominado contract fraticide es un obstáculo en el camino hacia una logística colectiva y puede erosionar la propia cohesión de la OTAN. Al respecto habrá que contrarrestar ciertas narrativas y prever aquellas acciones lawfare de carácter malicioso para precisamente incentivar esta competición y atacar esa cohesión.
- La digitalización será un elemento clave en la gestión de procesos. Estos necesitarán ser alimentados por el dato a través de la información elaborada que los estados compartan sobre sus capacidades y recursos. No solo el acceso a la tecnología necesaria, sino el propio valor intrínseco del dato, ofrecerán progresivamente nuevos espacios de actuación al lawfare.

2.4. La crisis en Ucrania

La invasión rusa de Ucrania el 24 de febrero de 2022 constituyó una violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas por el uso ilegal de la fuerza. Debido a la significativa interacción de fuerzas, medios y procesos, se están extrayendo una serie de conclusiones que posiblemente vayan a tener repercusión en el cuerpo doctrinal de la OTAN y, por ende, en el de muchos estados miembros.
Sin forzar el ajuste del *lawfare* entre estas primeras conclusiones y entendiendo que el proceso de obtención de lecciones aprendidas aún no ha finalizado, parece aconsejable incidir en alguna de ellas buscando el nexo con un potencial empleo del *lawfare*:

- Las razones por las cuales Rusia no está obteniendo los resultados esperados pueden ser fundamentadas en la ausencia de un proceso de decisión adecuado, un mando y control pobre, un planeamiento insuficiente y unas fuerzas exhaustas y mal sostenidas por una logística rígida y previsible, o una combinación de todos o varios de estos factores. Pero lo cierto es que no es oportuno ni juicioso sobreestimar las propias capacidades y subestimar las del enemigo. Por esta razón, es conveniente examinar como Rusia ha anticipado la reacción de los

países occidentales y hasta qué punto el uso del derecho ha cooperado en esta prevención. Por otra parte, el blindaje jurídico interno del proceso de decisión ruso mediante la aprobación de determinadas normas, la contribución del lawfare a las narrativas rusas en los distintos foros internacionales y a la consecución de los objetivos militares, con especial mención a la incorporación de nuevos territorios a la Federación Rusa[17], han de ser objeto del oportuno análisis.

- El conflicto en Ucrania está demostrando el papel decisivo del soldado. Parte de lo que está siendo catalogado como éxito ucraniano está basado en un buen liderazgo, en la sincronización del proceso de decisión del elemento militar y el político, en el adiestramiento recibido por los países OTAN, su moral, el conocimiento del enemigo ruso y la capacidad de movilización de la sociedad civil. Estos elementos aludidos, que se fundamentan en la interacción entre el elemento militar y civil, necesitan un marco legal adecuado que lo facilite.
- El acceso de Ucrania a tecnología de última generación y su uso innovador, han sido factores determinantes en su grado de resistencia. A ello ha contribuido sin duda el apoyo del sector privado. Los resultados que hasta ahora arrojan el enfrentamiento entre plataformas del siglo XX contra fuerzas ligeras «interconectadas», otorgan a la tecnología un papel decisivo (Dunlap, 2107: 320)[18]. Esa tecnología depende en gran medida de un proceso de creación y posterior experimentación que el lawfare puede interferir, de la misma manera que puede asegurar el acceso y control a aquellos recursos críticos que permitan el uso de esa tecnología mediante productos manufacturados. Estos recursos son en sí mismo un objetivo de carácter estratégico cuya consecución o defensa implican de una forma u otra al lawfare.
- El conflicto ucraniano ha demostrado el papel decisivo de la inteligencia y de su adecuada distribución. La aplicación creativa de esa inteligencia por parte de las fuerzas ucranianas puede haber sido sin duda un factor de importancia, pero en la misma medida lo está siendo el proceso de compartir, el denominado sharing of intelligence. Esto nos lleva a concluir la importancia de contar con mecanismos legales que sean agiles y que garanticen la seguridad de los medios y procedimientos a emplear.

17 Las regiones anexadas en septiembre de 2022, que suman casi 15 % del territorio de Ucrania, incluyen Donetsk y Lugansk, en el este, y Jersón y Zaporiyia, en el sur. Lugansk y Donetsk, que juntas forman la región del Donbas, ya habían sido proclamadas por Rusia como estados independientes durante la guerra que comenzó en 2014.

18 La creciente controversia en el uso de los drones y sus potenciales implicaciones en lo concerniente al *lawfare* fueron ya anticipadas en 2011.

- El situational awareness[19], o conocimiento del entorno, ha demostrado su capital importancia. Ha sido la herramienta básica a través de la cual la OTAN ha podido disponer de un conocimiento de la situación y confrontarlo con otros indicadores. En un conflicto como el referido, donde el papel de la OTAN, desde el punto de vista militar, inicialmente se ha basado en el incremento de sus acciones de vigilancia y recolección de información e inteligencia y en el grado de disuasión, el riesgo de miscalculation[20], o error de cálculo, se acrecienta. Conviene, pues, analizar como el lawfare coadyuva a mantener este necesario equilibrio y su contribución a las diferentes narrativas que se requieren, bien para alcanzar y mantener el grado de disuasión necesario, como para mitigar el riesgo antes aludido. Por otra parte, reconociendo un tempo distinto en la aplicación del lawfare y sus efectos, parece adecuado reconocer su papel activo en el situational awareness. Las acciones del lawfare del agresor pueden permitir determinar sus intenciones militares, de la misma forma que han de desencadenar las acciones necesarias para contrarrestar la amenaza. Por ello, parece conveniente analizar la posible integración del lawfare en el ciclo de inteligencia y targeting[21], o identificación y priorización de objetivos, de la organización.
- El entendimiento de la dinámica utilizada durante el conflicto por Rusia respecto al gender perpective[22] o los refugiados y determinadas minorías, es de interés en la construcción de la estrategia de comunicación de la OTAN y en el diseño de sus operaciones psicológicas. Al respecto, el lawfare debe de reconocer su margen de participación en el planeamiento asociado que pasa por un conocimiento del cuerpo legal de las potenciales amenazas.
- El conflicto está mostrando una extraordinaria demanda en el consumo de munición. La capacidad de la resiliencia industrial en generar los sistemas y los recursos necesarios, de la cadena logística en movilizarlos y abastecer adecuadamente a las fuerzas de primera línea es de importancia capital. Hasta la fecha parece obvio que los estados de la OTAN no se encuentran bien posicionadas al respecto (Zabrodskyi et al., 2022: 64). Para estos estados la cuestión de fondo no reside tanto en la ventaja residual de los

19 «El conocimiento de los elementos en el espacio de batalla necesarios para tomar decisiones bien informadas» (traducción de cortesía). Definición oficial de *Situational awareness* en OTAN.

20 Error de cálculo. Se hace referencia a un daño provocado por error, sin propósito alguno.

21 «El proceso de seleccionar y priorizar objetivos y hacer coincidir la respuesta adecuada a ellos, teniendo en cuenta los requisitos y capacidades operacionales» (traducción de cortesía). Definición oficial de *Targeting* en la OTAN.

22 «La capacidad de detectar si, y cuándo, hombres, mujeres, niños y niñas están siendo afectados de manera diferente por una situación debido a su género» (traducción de cortesía). Definición oficial de *Gender perspective* en la OTAN.

sistemas de armas de los que disponen, sino más bien si a nivel nacional hay capacidad (compendio de políticas, desarrollo legislativo y capacidad industrial) para permitir el desarrollo, experimentación y adquisición a cierta escala de nuevos sistemas de armas.

2.5. Presente del *lawfare* en la OTAN y en la UE

En la cumbre de Madrid del 29 de junio de 2022, los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la OTAN aprobaron un nuevo concepto estratégico. Sin hacer mención del término *lawfare,* el documento propone ámbitos potenciales para su empleo y otros donde su uso *de facto* se da.

El concepto estratégico destaca especialmente la cooperación estratégica entre Rusia y China, al objeto socavar el orden internacional[23]. Al respecto, no parece que se puede entender ese deseo mutuo de erosión de las normas internacionales sin la aplicación de un derecho instrumental dirigido a tal fin. Esfuerzo que se justifica por la importancia que Rusia y China otorgan al RBIO, elemento intrínseco en los estados de derecho y piedra angular en la cohesión de los estados miembros de la OTAN.

En cuanto se identifique esta cohesión como centro de gravedad (Jordán, 2020)[24] de la OTAN, mayor esfuerzo deberá realizar la Alianza para restituir o mantener ese orden internacional. Esfuerzo que en síntesis se dibuja como una acción conjunta de muchos elementos entre los que parece necesario considerar al *lawfare*, aunque sea para confrontar su uso por parte del agresor. La estrategia híbrida rusa y la expansión china. a través de sus propios procedimientos híbridos; junto al consecuente despliegue de narrativas y acciones de desinformación para controlar sectores tecnológicos e industriales claves, infraestructura crítica y recursos materiales estratégicos[25]; han justificado esta llamada de atención seria en el seno de la OTAN. Como parte del compromiso que la OTAN reclama a sus estados miembros, el documento destaca la atención a la mejora del *awareness* (Mu*ñoz y Bachmann, 2016: 68)*, la resiliencia colectiva y a la protección[26], definiendo entre líneas un marco de actuación potencial para el *lawfare*, definido por los siguientes elementos:

- La importancia del awareness para una disuasión y defensa de la OTAN, durante el periodo de competición estratégica.

23 OTAN. *NATO 2022 Strategic Concept*. OTAN, p. 5.

24 «En el nivel político-estratégico los CoGs pueden hacer referencia a fuentes de poder material o moral, sin embargo, el CoG ha de ser siempre una entidad física (persona, objeto material o institución) capaz de conseguir los objetivos estratégicos».

25 OTAN. *NATO 2022 Strategic Concept*. OTAN, p. 5.

26 OTAN. .*NATO 2022 Strategic Concept*, pp. *5-7.*

- El empleo de herramientas militares y no militares para responder a las amenazas en cualquier dominio.
- La resiliencia contra la amenaza militar y la no-militar, tanto nacional como la de la OTAN, como una responsabilidad nacional y parte fundamental en la identificación y mitigación de las vulnerabilidades estratégicas y dependencias.
- La necesidad de mejorar la disposición para disuadir y defenderse contra el uso coercitivo de la política, economía, energía, información y otras tácticas de naturaleza híbrida por parte de agentes estatales y no estatales.

Desde la adopción en 2015 de una estrategia por parte de la OTAN para luchar contra la amenaza híbrida[27] y la posterior declaración conjunta como resultado de la cumbre de jefes de Estado y de Gobierno en junio de 2021[28], hasta la definición de este nuevo concepto estratégico, la OTAN ha reaccionado tímidamente ante la consideración de incluir el *lawfare* en el elenco de recursos con las que hacer frente a la influencia maliciosa de China y Rusia.

A pesar de ello, existen iniciativas que poco a poco van adquiriendo fuerza en el seno de la OTAN y en países como EE. UU. que abogan por lo contrario. Como muestra el trabajo pionero desarrollado por la *Office of Legal Affairs* (OLA) en SHAPE[29], que a través de la publicación *Legal Vigilance Bulletin*[30] reivindica la necesidad de incorporar al planeamiento y conducción de operaciones las consideraciones propias de las denominadas *legal operations*[31].

Una predicación no exenta de dificultad que intenta definir con precisión el apoyo posible de las *legal operations* (termino distinto, pero en esencia equivalente al de *lawfare*) a las operaciones militares y reclamar el espacio que deben ocupar (Shape, 2022)[32]. Este espacio queda caracterizado por la contribución al ciclo de inteligencia y al desarrollo de productos de comunicación a nivel estratégico, su papel en la detección, evaluación de la amenaza y análisis de los efectos a conseguir, y la activación de medidas para anticiparse a la potencial amenaza. El cambio de mentalidad y de cultura de organización que se reclama es sin duda significativo.

La actitud de los EE. UU. al respecto del *lawfare* tendrá una clara influencia en la predisposición de los países OTAN en impulsar iniciativas como la

27 OTAN. (2022). *Strategy on NATO´s role in countering hybrid warfare to foreign Ministers*. Documento clasificado.

28 OTAN. (2021). *Brussels Summit Comuniqué*. 14 de junio.

29 Supreme Headquarters Allied Powers Europe.

30 El *Legal Vigilance Bulletin* es una publicación que pretende *«[…] crear conciencia sobre el aumento de las actividades en el ámbito jurídico por parte de diversos actores»*.

31 El término *Lawfare* es sustituido por el de *Legal Operations*.

32 *ACO Legal Operations*. NATO *unclassified.* 5 de mayo.

apuntada anteriormente. Al respecto, algunos quieren ver en las sanciones al gigante asiático Huawei (Goldenziel, 2021: 1089) el principio de un cambio de mentalidad que, a pesar de ciertas iniciativas privadas inconexas en lucha por las víctimas del terrorismo y contra la financiación de este, adolece de cierto refrendo a nivel estatal. Lo cierto es, que cada vez más son las voces a favor del desarrollo de una estrategia nacional de *lawfare* (Goldenziel, 2021: 1088) en los EE. UU, lo que supondría sin duda un revulsivo en el desarrollo doctrinal de este concepto.

En el ámbito de la UE, las resoluciones del Parlamento Europeo sobre la interferencia extranjera en procesos democráticos de marzo de 2022[33] y sobre la cooperación UE-OTAN de julio de 2021[34], junto a la Brújula Estratégica[35], refrendada por el Consejo Europeo en marzo de 2022[36], trata la cuestión del *lawfare*.

La Brújula Estratégica, por ejemplo, reconoce al *lawfare* dentro del conjunto de herramientas disponibles para contrarrestar la amenaza[37], menciona los «actos ilegales» en el dominio marítimo, la tensión generada en el Indo-Pacífico y el compromiso al que la UE aspira a llegar[38]. Son referencias de cierto peso que conviene tener en consideración.

Por su parte, la resolución del Parlamento Europeo sobre la interferencia extranjera en los procesos democráticos de la UE, o lo que es lo mismo, un reconocimiento tácito a todo un elenco de acciones llevadas a cabo por Rusia y China en Europa apunta a posibles escenarios de actuación del *lawfare*:

- Se subraya la necesidad de calificar y calibrar la amenaza que supone la interferencia extranjera y de arbitrar procedimientos para reaccionar colectivamente ante esta amenaza. El grado de afectación del derecho internacional es un elemento que considerar en dicha categorización.

33 Unión Europea. Resolución del 9 de marzo de 2022 sobre la injerencia extranjera en los procesos democráticos de la Unión Europea, incluyendo la desinformació. Parlamento Europeo. 2.268.

34 Unión Europea. Resolución del 7 de julio de 2021. Sobre la colaboración de la OTAN en el contexto de la relación transatlántica. Parlamento Europeo. 2.257.

35 Refrendada por el Consejo Europeo el 24 y 25 de marzo de 2022. Vino a complementar considerablemente los aspectos de seguridad y defensa de la Estrategia Global sobre Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea, que había sido presentada al Consejo Europeo el 28 de junio de 2016.

36 Unión Europea. (2022). Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security. Consejo de la Unión Europea. 21 de marzo.

37 Unión Europea. (2022). Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security. Consejo de la Unión Europea. 21 de marzo, p. 22.

38 Unión Europea. (2022). Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security. Consejo de la Unión Europea. 21 de marzo, p. 10.

- Se llama a una cooperación inter-agencias, incluyendo al sector civil, para así identificar vulnerabilidades, detectar agresiones, neutralizarlas y sincronizar the perception of threats with national security.
- Se reconoce la interferencia extranjera en el uso de plataformas online[39], así como el potencial uso malicioso de las bases de datos.
- Se incide en la importancia de la resiliencia de las infraestructuras de carácter crítico, frente a las denominadas foreign direct investments (FDI), realizadas por terceros países y compañías extranjeras. Mención no falta a las inversiones chinas en infraestructura crítica y el riesgo que comporta.
- Se recuerda que la ciberseguridad y la resiliencia frente a los ciberataques adolece de un marco legal internacional.
- Se recalca la necesidad de una estrategia para la UE contra la injerencia extranjera como respuesta a la falta de conciencia ante la amenaza real, de normas para dar una adecuada respuesta y una serie de vacíos existentes en la legislación actual al objeto de detectar, prevenir y dar una respuesta.
- Se llama al desarrollo de una metodología que mejore el situational awareness, detección temprana y valoración de la amenaza, que permita dar una respuesta a cualquier manipulación del dominio de la información.

Por otro lado, la cooperación entre la UE y la OTAN, refrendada por la resolución del Parlamento Europeo de 07 de julio de 2021, significa la diferente naturaleza entre las dos organizaciones y la similitud del contexto geopolítico en donde se desenvuelven.

Las propuestas de carácter conjunto que acompañaron a la declaración conjunta de 2016[40], ya plantearon áreas de interés mutuo donde el empleo potencial del *lawfare* tenía encaje (*countering hybrid threats, cybersecurity and defence, defence industry,* etc.). Esta concreción fue posible por el reconocimiento mutuo de una serie de amenazas emergentes, en el marco de una competición sistémica.

La cooperación surge, pues, como un elemento obligado para abordar los desafíos con garantías. El conocimiento de los mecanismos y recursos puestos a disposición por las dos organizaciones y la forma de integrarlos, parece imprescindible para paulatinamente generar un espacio de actuación de un *lawfare* instrumental con el que contrarrestar a Rusia y China. Por un lado, una

39 Los primeros ministros de Estonia, Letonia, Lituania y Polonia enviaron una carta a los Chief Executive Officer de las más importantes plataformas de social media (Twitter, Alphabet, Youtbe y Meta) el 27 de febrero de 2022, solicitando, entre otras cosas, la suspensión de determinadas cuentas desde donde se realizaban supuestamente acciones de desinformación y manipulación de la misma. Unión Europea. (2020). Resolución de 9 de marzo de *2022 sobre la injerencia extranjera en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, incluida la desinformación*. Parlamento Europeo. 2.268.

40 *Joint declaration on EU-NATO cooperation.* (2016). Firmada en Varsovia el 8 de julio, por los presidentes del Consejo Europeo y la Comisión Europea y el secretario general de la OTAN.

Rusia a la que hay que aproximarse con carácter inmediato, conjuntamente y con base jurídica, poniendo en valor la legalidad cuando el agresor no ha atendido a esta[41]. Por otro lado, una China donde a través de su uso extensivo del *lawfare*[42] lleva degradando el orden internacional durante décadas, en busca de imponer su propia interpretación.

Para la UE y OTAN la confrontación contra Rusia y China supondrá abordar una serie de desafíos jurídicos de indudable dificultad. Por un lado, la propia protección ante las actividades rusas y chinas, a través de una estrategia que en ningún caso mine la legitimidad y la credibilidad internacional. Por el otro, una cooperación que necesariamente deberá profundizar en el desarrollo de una serie de normas que regulen el uso de tecnología emergente (especialmente inteligencia artificial y digitalización), mientras se trata con más ahínco ciertas áreas de indudable desarrollo como los sistemas autónomos, ciberdefensa, *undersea lawfare*, dominio espacial, etc.

3. La herramienta: conformación inicial

3.1. La perspectiva nacional

Tras la aprobación en 2015 de la Ley de Seguridad Nacional, el marco referencial relativo a la Defensa Nacional en España quedó definido fundamentalmente por cuatro documentos. Por un lado, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional[43] y la Directiva de Defensa Nacional[44] que definen la política de defensa. Y por el

41 *«[…]* subraya la necesidad de que tanto la OTAN como la Unión cuenten con una estrategia coherente y proactiva y respondan de forma legal, rápida y unida a los actos de agresión y provocación tradicionales e híbridos por parte de Rusia; reitera su condena anterior de la anexión ilegítima e ilegal de Crimea por parte de Rusia en 2014; condena el uso continuado por parte de Rusia de ciberataques, campañas de desinformación, noticias falsas, planes de asesinato y envenenamientos contra figuras de la oposición; pide a la Unión y a la OTAN que aprovechen y amplíen los compromisos actuales para contrarrestar las agresiones y actividades directas e indirectas de Rusia dirigidas contra Ucrania, Georgia y Moldavia, así como sus actividades asertivas en curso en las regiones del Mar Báltico y el Mar Negro, en el mar de Azov, en el Mediterráneo oriental y en el Alto Norte […]» (traducción de cortesía). Unión Europea. (2020). Resolución del 7 de julio de 2021. EU-NATO cooperation in the context of transatlantic relation. Parlamento Europeo. 2.257.

42 *«[…]* China, como régimen autoritario, ha entrado en competencia sistémica con la asociación transatlántica al socavar el orden internacional basado en reglas, que se ha construido durante muchas décadas, y a su vez está tratando de remodelarlo de acuerdo con los propios valores, doctrina e intereses… (el Consejo) solicita que se observen atentamente las actividades chinas en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente con respecto a su iniciativa Ruta de la Seda Digital, con el fin de evitar la dependencia de la infraestructura bajo el control de empresas chinas […]» (traducción de cortesía). Unión Europea. (2020). Resolución del 7 de julio de 2021. EU-NATO cooperation in the context of transatlantic relation. Parlamento Europeo. 2.257.

43 Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. *Boletín Oficial del Estado.* 18 de noviembre. 276.

44 España. (2020). Directiva de Defensa Nacional. Presidencia de Gobierno.

otro, la Ley de Seguridad Nacional[45] y la Estrategia de Seguridad Nacional[46], que hacen lo propio con la estrategia de seguridad y de defensa.

La adecuación de dicha normativa, el encaje del concepto de Defensa Nacional con el de Seguridad Nacional, el carácter transversal real tanto de un concepto como del otro, son indicadores del grado de la fortaleza de los principios rectores de una política de defensa enmarcada en una estrategia de seguridad y defensa. No es objeto profundizar en el grado de consecución de dichos indicadores. No obstante, hay que señalar que el concepto de *lawfare*, por su propia esencia, encuentra inicialmente en España en la exclusividad de asumir la seguridad por un ministerio y la defensa, por otro, una dificultad significativa para poder cooperar adecuadamente al desarrollo de los cometidos del Consejo de Defensa Nacional[47] y del Consejo de Seguridad Nacional[48]. En la medida que la política de defensa no orqueste la actuación coordinada de todos los ministerios más difícil será la incorporación de nuevos conceptos como el *lawfare,* a la detección y respuesta concertada de la nación durante el periodo de competición, crisis y conflicto.

Inicialmente, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 2005 debería proporcionar un marco estable sobre el que desarrollar la correspondiente Directiva de Defensa Nacional, de las que deducir las bases de la Directiva de Política de Defensa y establecer así las directrices para el planeamiento de la Defensa. Con todo, en la práctica esta ley se focaliza en la Defensa Militar y no contempla el apoyo civil en toda su dimensión (Pérez, 2020: 6). Esa «militarización» del planteamiento de la Defensa Nacional sustrae al elemento civil, lo que en cierta medida dificulta el empleo de aquellas disciplinas multidimensionales, que requieren coordinación con el sector civil.

La Directiva de Defensa Nacional 2020 parece incidir más en los asuntos de seguridad (Marsal, 2016: 3) que en los asuntos de defensa (Marsal, 2016)[49] y

45 España. (2015). Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. *Boletín Oficial del Estado. N.º 233*.

46 España. (2021). Estrategia de Seguridad Nacional. Presidencia de Gobierno.

47 Es el órgano que asesora al presidente del Gobierno en materia de Defensa. Entre sus funciones, reguladas por la Ley Orgánica de Defensa Nacional 5/2005, están la asistencia al presidente del Gobierno en la dirección de los conflictos armados y en la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa, así como asesorarle en la actuación de las Fuerzas Armadas, en el ámbito nacional e internacional.

48 El Consejo de Seguridad Nacional, en su condición de Comisión Delegada del Gobierno para la Seguridad Nacional, es el órgano al que corresponde asistir al presidente del Gobierno en la dirección de la política de Seguridad Nacional y del Sistema de Seguridad Nacional, así como ejercer las funciones que se le atribuyan en la Ley de Seguridad Nacional.

49 «Así el concepto de "defensa" era definido en el artículo segundo de la ley orgánica de criterios básicos de la defensa nacional de 1980 como la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin; tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». «El concepto general de Seguridad que se refiere a la existencia de un orden internacional».

adolece de una diferenciación moderna y clara de cuáles son las funciones militares y como contribuye el elemento militar en la provisión de seguridad (Colom, 2020).
Otra dificultad añadida, es el desfase del entorno estratégico ofrecido por la Ley Orgánica de la Defensa Nacional antes referida. Si bien las estrategias de seguridad mitigan esa falta de precisión, no cabe duda de que la Defensa Nacional va a exigir una concreción distinta a la hora de dibujar el entorno que justifique el tipo de fuerzas armadas a disponer para la defensa militar y la cooperación del elemento civil.
La última estrategia de seguridad nacional fue elaborada por el Consejo de Seguridad Nacional en 2021. Siendo la cuarta estrategia de esta naturaleza en España, su elaboración fue acelerada por la pandemia de la COVID-19 y el incremento en el empleo de estrategias híbridas.
Este documento estratégico no hace una mención explícita al *lawfare,* lo que, a tenor de la falta de una referencia sólida en documentos OTAN y UE, era previsible.
Sobre esa premisa inicial, resulta interesante analizar la línea argumental de la Estrategia Nacional, a la búsqueda de los espacios en donde la referencia al *lawfare* hubiera sido oportuna. Sin ese encaje, el reclamo del *lawfare* como concepto doctrinal en España perdería justificación.
La Estrategia Nacional hace una mención obligada al cambio climático, particularmente sus efectos, planteando dos espacios de actuación de mucho interés para el *lawfare*: la competencia por los recursos y los desplazamientos migratorios. En la medida que el control de sectores tecnológicos vitales depende del acceso a unos recursos críticos; y la migración se asienta como factor desestabilizador para algunos países y desestabilizante para otros, mostrando un crecimiento imparable; se debe entender la necesidad de contar con todas las herramientas posibles para responder ante estos riesgos. Al respecto, tanto China como Rusia han demostrado la eficacia del *lawfare* en ambos espacios de actuación.
Por otro lado, los objetivos establecidos por la Estrategia Nacional van a requerir una serie de capacidades cuyo análisis clarifica el posible uso del *lawfare*, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional:

- Capacidad anticipatoria y toma adecuada de decisiones durante la crisis. El lawfare puede intervenir en la adquisición y mantenimiento de esta capacidad, cooperando a la alerta temprana y en la toma de medidas preventivas y de coordinación.
- Un desarrollo tecnológico incardinado en los aspectos de seguridad. El ámbito regulatorio reflejará adecuadamente la inclusión de los aspectos de la Seguridad Nacional, en tanto en cuanto valore en toda su dimensión a la amenaza. Por tanto, el posible uso de un lawfare malicioso ha de ser contrarrestado en la regulación jurídica que el desarrollo tecnológico

nacional dicte como necesaria, especialmente en los ámbitos de la Inteligencia Artificial y Ciberseguridad.

- Capacidad de prevención, disuasión, detección y respuesta a las estrategias híbridas. La definición de unos indicadores críticos de los distintos ámbitos de la Seguridad Nacional han de ser evaluados considerando la posibilidad de un uso del lawfare contra intereses nacionales. La monitorización y análisis de estos indicadores han de permitir desplegar acciones preventivas y de respuesta que sin la intervención del lawfare pueden ser insuficientes.

La posible incorporación del *lawfare* al cuerpo doctrinal, contemplando su encaje dentro de documentos nacionales de nivel estratégico, se antoja una empresa difícil de alcanzar a corto plazo. Existen unos problemas estructurales y conceptuales, en la perspectiva nacional, sobre la Defensa Nacional de suficiente calado como para pensar que el *lawfare* es prioritario. Aun así, al menos se ha de entender la perspectiva tan valiosa que ofrece el *lawfare* sobre la noción del conflicto moderno y el papel que unas fuerzas armadas deben jugar en él.

3.2. Antecedentes del Cuerpo Jurídico Militar español

Sorprende al profano en la materia el vínculo significativo entre el letrado y el profesional de las armas en nuestras Fuerzas Armadas. Fueron los Ejércitos precisamente los primeros, tras alcanzar cierta estabilidad en su organización y funciones, en detectar la necesidad de contar con el asesoramiento de personas de leyes, al tener que «rígidas normas de conducta con la posibilidad de imponer fuertes castigos, incluso de una gran crueldad para los supuestos en que se produjera su quebrantamiento [...]». (Pascual, 1998: 14). Partiendo de la necesaria coexistencia de la guerra y el derecho, con lo que en mayor o menor medida las sociedades civilizadas estaban de acuerdo, se justificó la existencia de unos ejércitos permanentes para defender la nación y su «sometimiento en su organización y funcionamiento a normas de carácter jurídico-legal». (Pascual, 1998: 14).
En esta línea, empezó a tener cabida la coexistencia entre el militar y el jurídico. El primero responsable de la organización y administración de lo militar. Y el jurídico militar para «[…] establecer derechos y obligaciones para sus componentes, crear especiales figuras delictivas, y determinar la función de las Fuerzas Armadas en el seno del Estado» (Pascual, 1998: 14).
La consolidación de los ejércitos como organizaciones de carácter permanente[50]; el desarrollo de la administración militar; las obligaciones del

50 «La jurisdicción militar tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos permanentes y ha sido siempre una jurisdicción especializada, carácter que se deriva de la naturaleza del Derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce». Preámbulo. Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. *Boletín Oficial Del Estado*. 18 de julio de 1987, n.º 171.

ciudadano para con sus ejércitos; la presencia de personal extranjero y la proyección de la fuerza armada al exterior; supuso el afianzamiento definitivo del vínculo anteriormente referido.

Desde el siglo XV al XVII, los Capitanes Generales fueron «quienes asumieron el poder judicial sobre las tropas por delegación real, llegando incluso a legislar, toda vez que, encontrándose al mando de los ejércitos en una campaña o territorio podían dictar bandos o proclamas a las fuerzas bajo su mando» (Pascual, 1998: 26)

El asesoramiento en apoyo al cometido del capitán general, como garante de la autoridad, justicia y disciplina, estaba principalmente direccionado a la relación entre los propios soldados con la población, disponiendo el auditor de una jurisdicción determinada.

La función militar del jurídico no varió, ya en el siglo XIX, tras sucesivas etapas, esta misión empieza a ser realizada por un cuerpo de funcionarios militares, organizado dentro de la administración militar bajo la denominación de Cuerpo Jurídico Militar (Pascual, 1998: 51), en el Ejército de Tierra y la Armada y en el Ejército del Aire desde su creación en 1939 (Pascual, 1998: 14).

El reglamento para la aplicación y cumplimiento del decreto orgánico de 1874, en cuanto al objeto y atribuciones respectivas del Cuerpo Jurídico Militar del Ejército, ya avisaba de su principal misión: «[…] la buena, recta y pronta administración de justicia y la exacta aplicación de las leyes del Ejército, que son la base de su unidad, su disciplina, su fuerza y su existencia»[51].

Este cometido y objeto no variaría a pesar de las distintas derogaciones y promulgaciones de los reglamentos del Cuerpo Jurídico Militar.

3.3. Situación actual

La derogada Ley Orgánica 6/1980, de criterios básicos de la Defensa Nacional, avisaba ya de la reestructuración y modernización que las Fuerzas Armadas de nuestro país estaban próximas a sufrir. En su articulado se establecía que se tenderían «[…] a unificar todos los servicios cuya misión no sea exclusiva de un solo Ejército para permitir el funcionamiento conjunto con criterios de eficacia y economía de medios»[52].

En síntesis, una llamada para simplificar estructuras, aumentando la eficiencia de la administración militar y del funcionamiento conjunto de todas ellas.

---

51 España. (1874). Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar para la aplicación y cumplimiento del decreto orgánico de 9 de abril de 1874. Art.7.

52 España. (1980). Ley Orgánica 6/1980, de 10 de julio de 1980, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. *Boletín oficial del Estado*. Art. 28, n.º 165, de 1 de julio, pp. 15750-15753.

Este camino de racionalización, que también afectaría a los cuerpos y escalas, culminaría con la Ley 6/1988 por la que se crearía el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa[53], para posteriormente con la Ley 17/1989, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional[54], dar igual tratamiento unificador a los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos, de Sanidad y de Músicas, creándose el concepto de Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

La Ley 39/2007 de la Carrera Militar establecería la pertenencia del Cuerpo Jurídico Militar a los Cuerpos Comunes del Ejército de Tierra[55]. En relación con sus cometidos, la referida ley establecía en su primer punto que los miembros del Cuerpo Jurídico Militar «[…] agrupados en una escala de oficiales, tienen como cometidos los de asesoramiento jurídico y los que conforme al ordenamiento jurídico les correspondan en la jurisdicción militar»[56].

Con posterioridad, el reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas[57] instauraría una única especialidad fundamental para la escala de oficiales, cuya denominación coincidiría con la del cuerpo.

El citado reglamento, en referencia a los campos de actividad[58], asignaba al Cuerpo Jurídico Militar las actividades relacionadas con los cometidos de su cuerpo, sin especificar más en profundidad lo marcado anteriormente por la ley de la Carrera Militar.

La Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar ofrece más aclaración en cuanto a qué cometidos debe de desarrollar el Cuerpo. Dicha Ley refiere en su preámbulo su principal innovación por la que «se atribuye, exclusiva y excluyentemente, la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de jurisdicción»[59]; para, posteriormente, a lo largo de su articulado definir la participación del Cuerpo Jurídico Militar en los diferentes órganos jurídicos militares; como miembros

53 España. (1988). Ley 6/1988, de 05 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de Defensa. *Boletín Oficial del Estado.* 7 de abril, n.º 84.

54 España. (1989). Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. *Boletín Oficial del Estado.* 20 de julio, n.º 84.

55 Junto al Cuerpo Militar de Intervención, Cuerpo Militar de Sanidad y Cuerpo de Músicas Militares. España. (2007). Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. *Boletín oficial del Estado,* 20 de noviembre, Art. 4, n.º 278.

56 España. (2007). Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. *Boletín oficial del Estado,* 20 de noviembre de 2007, Art. 37, n.º 278.

57 España. (2010). Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Especialidades Fundamentales de las Fuerzas Armadas. *Boletín oficial del Estado*, 1 de junio, Art. 26, n.º 133.

58 España. (2010). Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas. *Boletín oficial del Estado*, 1 de junio, n.º 133.

59 España. (1987). Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. *Boletín Oficial del Estado.* 18 de julio, n.º 171.

de la Fiscalía Jurídico Militar; en los procedimientos por faltas graves y muy graves y, finalmente, en situación de conflicto armado, básicamente como una prolongación de sus cometidos en tiempos de paz.

3.4. Evolución en el objeto y cometidos del cuerpo

La comparativa entre las funciones desarrolladas por los extintos auditores de campaña, precursores de los actuales oficiales auditores del Cuerpo Jurídico Militar, con las desarrolladas por estos, no está exenta de dificultad.

Hemos de considerar los cambios sociales trascendentales que han influido en la propia concepción de los ejércitos desde su comienzo como organizaciones permanentes con su propia administración hasta nuestros días y el propio papel que el derecho hoy tiene en nuestra sociedad.

Sin embargo, en esencia, se advierten pocos matices realmente diferenciadores, siendo plausible todavía una falta de integración del oficial auditor en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares. Cierto es que la progresiva influencia del derecho internacional[60] y el asesoramiento jurídico necesario para que las unidades militares operen conforme a dichas normas, han otorgado cierto espacio de actuación al oficial jurídico. No obstante, es discutible que este sea suficiente.

El papel del derecho, omnipresente, tiene particularmente en su uso con fines militares una expansión muy significativa. Motivada en el número creciente de normas del derecho internacional clásico y *sui generis*[61] y el desarrollo del sistema judicial internacional; el auge de *non-governamental organizations* (NGO) (Palmer y Johnson, 2016: 138) focalizadas en el derecho de los conflictos armados y asuntos relacionados; la revolución en la tecnología de la información y la globalización; y la interdependencia económica (Kittrie, 206: 40-50). Y que a su vez ocurre gracias a la mayor influencia del derecho en la forma en la que los conflictos se llevan a cabo, mera consecuencia de la denominada *globalization of law* (Dunlap, 2009: 35)[62].

Por otro lado, el uso prominente por parte de Rusia y China del *lawfare*, y la propia pertenencia de España a la OTAN, es suficiente razón para tener que

60 «El derecho internacional humanitario (DIH) o derecho de los conflictos armados (DICA), formado por los tratados y convenios internacionales ratificados por España, las leyes y usos de la guerra destinados a minimizar los efectos que se derivan de los conflictos armados, junto a la Constitución Española y el resto de nuestro ordenamiento jurídico, conforman el marco legal vinculante de las operaciones, tanto para quien dirige las acciones como para quien las ejecuta». Ministerio de Defensa. (2018). PDC-01(A): doctrina para el empleo de las FAS. *Catálogo general de publicaciones oficiales.*

61 Véase la proliferación de Memoranda de Entendimiento o, en sus siglas en inglés, MOUs en todo tipo de materias que incluso implican el uso de presupuestos separados y de recursos escasos de los Estados.

62 *«Mientras el derecho internacional generalmente penetra en la vida moderna, tiende a influir, como lo han hecho otras tendencias, en la forma en que se lleva a cabo la guerra»* (traducción de cortesía).

entender en toda su dimensión el cambio que está aconteciendo y al menos hacer un primer análisis de las posibilidades por parte de nuestro Cuerpo Jurídico Militar de asumir nuevos cometidos.

La preeminencia en el uso de medios que no conllevan el uso de la fuerza, incluso reflejada en modelos doctrinales que han servido de referencia a países como Rusia (Voyger, 2018: 2) y China (Raska, 2015), proporciona el espacio necesario para un mayor desarrollo del *lawfare* para la resiliencia jurídica y como potencial instrumento de defensa y como, eventualmente, como un efecto.

En el entendimiento de que las necesidades de nuestras Fuerzas Armadas, hasta ahora, han determinado un enfoque en las cuestiones del asesoramiento jurídico y la función jurisdiccional, la irrupción del *lawfare* parece sugerir que debe surgir un desarrollo ulterior de la figura de este asesor jurídico. Y es, más bien, no el asesor legal sino el «analista legal», el que identificará aquellas ocasiones en donde se están proponiendo argumentos jurídicos para obtener una ventaja en el futuro (Goldenziel, 2021: 1162).

3.5. Primeros cambios

El cambio de mentalidad que parece aconsejable iniciar en el Cuerpo Jurídico Militar debería tener fundamentalmente dos premisas. La primera es la aceptación de que el objeto fundamental del Cuerpo Jurídico Militar no va a cambiar. La segunda, la necesidad de definir qué es *lawfare* e incorporar el concepto al cuerpo doctrinal, puesto que el hecho incuestionable es que su desarrollo, por su empleo potencial, va a ser imparable a pesar de su desarraigo doctrinal (Suberviola, 2016: 228).

Refiriéndonos a la primera premisa, parece adecuado profundizar en el concepto de «asesoramiento» y aclarar cuáles pudieran ser las consecuencias de la irrupción del *lawfare* en el ámbito de las operaciones militares.

La labor de asesorar, es decir, «tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen»[63] está referida fundamentalmente, en el caso del oficial auditor, a la interpretación de la norma aplicable, a la consideración de un caso disciplinario o penal en comparación a la jurisprudencia existente, a la regulación del procedimiento administrativo en el marco de la administración militar, etc. Esta labor tiene una naturaleza pasiva y por sí misma no garantiza la capacidad de poder asumir un papel mucho más activo como el que el *lawfare* parece exigir.

Por otro lado, es evidente que toda actividad que se desarrolla con un carácter instrumental durante el conflicto debe de ser previamente planeada, adiestrada y financiada antes de ser ejecutada. Es en este punto donde enlaza la segunda

63 Real Academia de la Lengua Española. (2022). *Diccionario de la lengua española.* Edición del Tricentenario, actualización.

premisa antes apuntada, se requiere un adecuado desarrollo doctrinal que permita no solo la interoperabilidad entre naciones, sino las actividades previas antes apuntadas.

El oficial auditor también es un oficial del Estado Mayor, por lo que debe ser parte activa en el planeamiento y adiestramiento necesarios para poder generar unos efectos a través del *lawfare* y como no, en el mencionado desarrollo doctrinal. Lo que, en síntesis, asigna un papel al oficial auditor en el ciclo vital de las operaciones militares en todo el espectro del conflicto, desde tiempo de paz.

Los cambios que se acometan para facilitar el acercamiento del oficial auditor a las operaciones militares lo harán en cuatro áreas fundamentalmente: la doctrina, la enseñanza de formación y perfeccionamiento, la organización y los procesos.

No cabe duda de que una aproximación de 360 grados y desde la OTAN al concepto del *lawfare* facilitaría el conjunto de cambios que son necesarios a nivel nacional, quedando estos mejor justificados sobre la base del potencial acuerdo entre los estados miembros de la Alianza.

4. Conclusiones y recomendaciones

La ausencia del término *lawfare* en OTAN, en el marco proporcionado por la conceptualización de la amenaza hibrida (Cattler, 2021)[64], ha sido significativa hasta 2018.

Al respecto, se ha de reconocer el sentido de ciertas sensibilidades contrarias al desarrollo del derecho como un arma. EE. UU. ha sido un claro ejemplo, con un reflejo en la OTAN y la UE, del temor a que las actividades *lawfare* se perciban como un elemento que pueda erosionar el RBIO. Aun así, algunos miembros de la OTAN han vencido esas reticencias iniciales, comenzando a desarrollar formación orientada a la vigilancia jurídica.

Este despertar exige entender la pérdida de legitimidad como un riesgo a mitigar y no como un factor restrictivo, ya que sin contrarrestar el uso del *lawfare* por parte de la amenaza, difícilmente se va a poder proteger el sistema jurídico propio y el RBIO existente.

El análisis del escenario internacional en el caso que nos ocupa ofrece dos elementos fundamentales:

- El primero es la constatación de un creciente interés por el lawfare en el mundo occidental: la deriva conceptual del término y la actividad incesante china y rusa, han permitido un análisis posterior de cierta

64 «Las amenazas híbridas combinan medios militares y no militares, así como medios encubiertos y abiertos, incluida la desinformación, los ataques cibernéticos, la presión económica y el despliegue de grupos armados irregulares y el uso de fuerzas regulares» (traducción de cortesía).

hondura sobre las posibilidades geoestratégicas del lawfare y en consecuencia cierto acercamiento por parte de ciertas naciones.

- El segundo elemento viene de la mano de la propia transformación de la OTAN, desde lo expedicionario a la defensa colectiva: las implicaciones de los cambios a experimentar abren nuevos campos de actuación para el lawfare tanto defensivo como en el ámbito de los efectos.

La guerra de agresión en Ucrania ha planteado la urgencia con la que la OTAN ha de revisar su propia capacidad de desplegar, sostener y reforzar sus fuerzas, así como el uso de sus capacidades no cinéticas durante un conflicto e incluso antes. El concepto de defensa colectiva en trescientos sesenta grados va a demandar un acuerdo entre los estados miembros que en sí mismo ya es todo un desafío. La puesta en común de la infraestructura crítica y los recursos que son necesarios, su financiación y los acuerdos jurídicos que se requieren, suponen retos muy significativos donde el *lawfare* tiene un rol tanto para el agresor, quien explota las vulnerabilidades y requerimientos de las naciones sujetas al Estado de derecho, como para el que disuade y se defiende, que no puede derogar obligaciones jurídicas de índole nacional e internacional.

Analizar los ámbitos potenciales de actuación del *lawfare*, mientras la OTAN refuerza su sistema de *enablement* permitiendo esa transición a una disuasión y defensa colectiva, es vital. Ello dará una medida de la resiliencia de las instituciones de los aliados, mientras la amenaza que supone un uso malicioso del *lawfare* se valora convenientemente.

De entre esas primeras lecciones que llegan desde Ucrania se ha de atender a las narrativas desarrolladas por Rusia, la interacción de estas con las operaciones psicológicas y de información, el apoyo al conflicto de su sistema jurídico nacional, como indicador de su capacidad de acción.

Es un hecho, que la mayoría del *lawfare* ruso previo a la anexión de Crimea, la ocupación del Dombás y, posteriormente, la invasión del resto de Ucrania, se ha «perpetrado» por medio de legislación doméstica rusa con la cobertura de la previa modificación de la constitución en 2020.

La aproximación de la OTAN y de la UE al concepto de *lawfare* debe ser consensuada, pero ha de tener un reflejo en los estados miembros de ambas organizaciones. La posible respuesta de carácter jurídico que se pueda dar a un *lawfare* malicioso, o la detección y vigilancia de este, va a requerir una actuación de carácter individual por parte de las naciones, que debería tener su ajuste en el seno de una estrategia global. Todo apunta a una actuación conjunta, consensuada y más concreta, en donde el *lawfare* será un elemento integrante, para contrarrestar la amenaza rusa y china.

Las conclusiones hasta aquí referidas dan por cierta la hipótesis previamente planteada.

Como consecuencia, en España, las recomendaciones que orientan la asunción de nuevos cometidos por parte del Cuerpo Jurídico Militar quedan supeditadas a la posibilidad de realizar los tradicionales de una forma más eficiente, de manera que el aumento de recursos que se acometa sea justado y permita asumir los nuevos cometidos relacionados con el empleo del *lawfare*. Dichas recomendaciones de forma sucinta serían las siguientes:

- Evaluar la inercia que impone la aparición del lawfare y su incorporación al desarrollo doctrinal nacional conjunto.
- Incorporar, en consecuencia, a los planes de estudios de la Enseñanza militar de Formación del Cuerpo Jurídico Militar el lawfare.
- Identificar e impartir, a través de la enseñanza militar de perfeccionamiento, la formación adicional que sea necesaria para nuestro Cuerpo Jurídico Militar y, paulatinamente, decidir el papel a desempeñar por este Cuerpo en la formación que sea necesaria impartir a oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas. En esta línea, valorar la posible aportación del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional al desarrollo del lawfare a través de sus actividades docentes.
- Definir la posible colaboración bilateral y multilateral con otros estados para una aplicación sólida del lawfare en el seno de la OTAN es vital para iniciar este proceso de acercamiento entre los distintos estados.
- Promover la participación de personal del Cuerpo Jurídico Militar en el adiestramiento específico y conjunto, a nivel operacional y táctico, incluyendo el adiestramiento en las metodologías de inteligencia y comunicaciones estratégicas.
- Crear células experimentales en la estructura del Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas, integradas por oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, a nivel estratégico, operacional y táctico, que den consistencia al impulso que se requiere.
- Establecer los mecanismos de colaboración interministerial necesarios para una progresiva implantación del concepto lawfare a un nivel estratégico y su consideración como un elemento más dentro del Sistema de Seguridad Nacional.
- Estudiar la conveniencia de proponer, establecer un centro de excelencia sobre la materia, del que la UE y la OTAN adolecen y valorar el papel de España podría asumir en esta iniciativa.
- Favorecer el impulso tecnológico en el desarrollo de los cometidos actuales del Cuerpo Jurídico Militar, que permita asumir eficientemente los nuevos cometidos que se pudieran derivar de la implantación del lawfare.

- Acometer en su momento las modificaciones que sean necesarias en la legislación militar.

Bibliografía

Bartles, C. K. (2016). Getting Gerasimov Right. *Military Review.* Enero-febrero, pp. 30-38.

Cattler, D. (2021). *What is NATO doing to address hybrid threats?* [en línea]. NATO Multimedia. Disponible en: https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_183004.htm

Davis, J. R. (2015). Continued evolution of hybrid threats: The Russian Hybrid Threat Construct and the Need for Innovation. *The Three Swords Magazine*. 28, pp. 19-25.

Department of Defense. (2005). *The National Defense Strategy of The United States of America.* Marzo.

Dunlap, C. J. (2001). *Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21st century conflicts.* Boston, Harvard Kennedy School.

— (2009). Lawfare: A decisive element of 21st-Century conflicts? *JFQ.* 54, 3rd quarter, pp. 34-39.

— (2011). Lawfare Today… and Tomorrow. En: Pedrozo R. y Wollschlaeger D. P. (eds.). *International Law Studies. International Law and the Changing Character of War.* US Naval War College International Law Studies. Vol. 87, pp. 315-325.

— (2012). Do we need new regulations in International Humanitarian Law? One American perspective. *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict.* 3rd quarter, pp. 120-128.

— (2017). Lawfare 101: A primer. *Military Review*. Mayo-junio, pp. 8-17.

España. (1874). Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar para la aplicación y cumplimiento del decreto orgánico de 9 de abril de 1874. Art. 7.

— (1980). Ley Orgánica 6/1980, de 10 de julio de 1980, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. *Boletín Oficial del Estado.* 165, de 1 de julio. Art. 28, pp. 15750-15753.

— (1987). Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. *Boletín Oficial del Estado.* 171, 18 de julio.

— España. (1988). Ley 6/1988, de 05 de abril, por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de Defensa. *Boletín Oficial del Estado.* 7 de abril, 84.

— España. (1989). Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. *Boletín Oficial del Estado.* 20 de julio, 84.

— España. (2005). Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. *Boletín Oficial del Estado.* 18 de noviembre, 276.

— España. (2005). Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado.* 1 de junio, 133, Art. 26.
— España. (2010). Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. *Boletín Oficial del Estado.* 20 de noviembre, 278, Art. 37.
Fischer, B. (2019). The Kremlin's Malign Legal Operations on the Black Sea: Analyzing the Exploitation of Public International Law against Ukraine. Academy. *Kyiv-Mohyla Law and Politics Journal.* National University of Kyiv-Mohyla. 5, pp. 193-223.
Forum Staff. (2021). *PRC's new maritime traffic law 'a time bomb' for regional stability.* Indo-Pacific Defense Forum [en línea]. Disponible en: https://ipdefenseforum.com/2021/09/prcs-new-maritime-traffic-law-a-time-bomb-for-regional-stability/
Goldenziel, J. I. (2021). *Law as a battlefield: the US. China and the global escalation of lawfare.* Cornell Law Review. Vol. 106, pp. 1085-1172.
Guilfoyle, D. (2019). *The rule of law and maritime security: understanding lawfare in the South China Sea.* International Affairs, p. 1005.
Headquarters joint operations command. (2022). *Legal US. Indo-pacific command. Staff Judge Advocate (J06). Bilateral legal memo.*
Heintze, H J. y Thielbörger. P. (2016). *From Cold War to Cyber War: The Evolution of the International Law of Peace and Armed Conflict over the last 25 Years.* Springer, p. 17.
Hoffman, F. (2007). *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid Wars.* Potomac Institute for Policy Students. Arlington, Monograph, pp. 12, 14, 15.
Kearny, M. (2011). *Lawfare, legitimacy and resistance: the weak and the law.* The Palestine Yearbook of International Law. Vol. 16, pp. 79-130.
Kittrie, O. F. (2016). *Lawfare: Law as a Weapon of War.* Oxford, University Press, pp. 1, 5, 12, 40-50, 186, 311.
Liang, Q. y Wang, X. (1999). *Unrestricted warfare.* Beijing, PLA Literature and Arts Publishing House, p. 162.
Logan, T. (2017). *International Law and the use of Lawfare: an argument for the US to adopt lawfare doctrine.* MSU Graduate Theses. 3.146, p. 26.
Marsal, J. (2016). El concepto general de Seguridad que se refiere a la existencia de un orden internacional. *Conferencia «Cultura de Seguridad y Defensa».* Instituto Español de Estudios Estratégicos, p. 3.
Ministerio de Defensa. (2018). *PDC-01(A): Doctrina para el empleo de las FAS.* Catálogo general de publicaciones oficiales.
Muñoz Mosquera, A. B. y Bachmann, S. D. (2016). Current developments: battleground Arctica and lawfare opportunities. *Amicus Curiae.* 108, p. 13.
— Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century. *Journal of international humanitarian legal studies 7*, pp. 63-87.

— China, an active practitioner of legal warfare. *Lawfire.* 2.º párrafo. Disponible en: https://sites.duke.edu/lawfire/2020/02/02/guest-post-andres-munoz-mosqueras-and-nikoleta-chalanoulis-essay-china-an-active-practitioner-of-legal-warfare/

OTAN. (2021). *Brussels Summit Comuniqué.* 14 de junio.

— (2022). *NATO 2022 Strategic Concept*, p. 5.

Parlamento Europeo. (2021). *Resolution of 7 July 2021 on EU-NATO cooperation in the context of transatlantic relation*. 2020/2257.

— (2022). *Resolution of 9 March 2022 on foreign interference in all democratic processes in the European Union, including disinformation*. 2020/2268.

Pérez Ramírez, E. (2020). *La Directiva de Defensa Nacional 2020 y los problemas que permanecen sin resolver.* Instituto Español de Estudios Estratégicos. 102/220, pp. 1-18.

Presidencia de Gobierno. (2020). *Directiva de Defensa Nacional.*

— 2020). *Estrategia de Seguridad Nacional.* 2021.

Raska, M. (2015). *Hybrid warfare with chinese characteristics*. S. Rajaratnam School of International Studies. Diciembre.

Real Academia de la Lengua Española. (2022). *Diccionario de la lengua española.* Edición del Tricentenario, actualización.

Servert García, R. y Calvo Alberto, J. L. *El dominio cognitivo en las operaciones multidominio: concepto y problemática.* [en línea], p. 4. Disponible en https://www.acami.es/wp-content/uploads/2022/05/dominio-cognitivo-operaciones-multidominio-web.pdf

Stephens, D. (2011). The Age of Lawfare. En: Pedrozo R. y Wollschlaeger D. P. (eds.). *International Law Studies. International Law and the Changing Character of War.* US Naval War College International Law Studies. Vol. 87, p. 328.

Suberviola, J. R. (2016). Lawfare. El uso del derecho como arma. *Revista Española de Derecho Militar.* 106, pp. 189-230.

Supreme Headquarters Alliance Power (Shape). (2022). *ACO Legal Operations.* NATO unclassified. 5 de mayo.

Voyger, M. (2018). Russian Lawfare-Russia's weaponisation of international and domestic law: implications for the region and policy recommendations. *Journal on Baltic Security.* 4(2), pp. 1-8.

Walton, T. (2012). *China's Three Warfares.* [en línea]. Disponible en: https://www.indianstrategicknowledgeonline.com/web/Three%20Warfares.pdf

Williams, P. R. (2010). Lawfare: A War Worth Fighting. *Case Western Reserve Journal of International Law.* Vol. 43, 1, pp. 145-152.

Zabrodskyi, M. *et al.* (2022). *Preliminary Lessons in Conventional Warfighting from Russia's Invasion of Ukraine*. Royal United Services Institute for Defence and Security Studies. Febrero-julio, p. 64.

LA GUERRA DE UCRANIA: FRACASO DE LA CONVENCIÓN DE 1954 PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Introducción

Desde el inicio de la violencia y la invasión rusa de Ucrania en febrero de 2022 se han documentado más de ciento cincuenta bienes culturales dañados total o parcialmente como consecuencia del conflicto armado. La respuesta internacional se ha conducido a través de la actividad de la Unesco, implementando medidas de carácter urgente destinadas a paliar los efectos lesivos de los enfrentamientos.

Pero no solo la destrucción del patrimonio cultural inmueble desuela la memoria y el acervo cultural de Ucrania. En el transcurso de la contienda, el expolio de bienes culturales no ha sido una práctica infrecuente de las fuerzas rusas; los militares rusos llevaron a cabo durante 2022 saqueos en el Museo de Arte Regional de Jersón, el Museo Regional de Jersón, la iglesia de Santa

Catalina y los archivos nacionales de la ciudad, sustrayendo más de dos mil objetos de valor cultural.

La importancia de la cuestión que ocupará las siguientes líneas radica en la toral trascendencia de este tipo de patrimonio, porque no son solo un patrimonio de un grupo específico o de una nación, sino de toda la humanidad. La destrucción se convierte en ocasiones en un objetivo principal del conflicto y no en una consecuencia de este; supone una pérdida de imposible reparación para el pueblo derrotado y una devastación de la memoria de los vencidos, de su idiosincrasia e identidad, persiguiendo despojar al perdedor de cualquier impronta o huella que su cultura hubiera dejado en la historia de la humanidad, condenándolo así a la «inexistencia»; es lo que, en tiempos recientes ha recibido el nombre de «memoricidio».

La preocupación de la comunidad internacional por esta cuestión, sobre todo después de la destrucción de bienes durante la Segunda Guerra Mundial, desembocó en una respuesta de carácter orgánico, mediante la creación de la Unesco, organización destinada a la protección y fomento de la cultura.

La supuesta solución definitiva se fraguó en su seno, donde en 1954 e incluida paradójicamente Rusia, se adoptó la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto, pretendido marco normativo actual para la protección de este tipo de bienes.

Este nuevo conflicto ha vuelto a hacer evidente el incumplimiento de los acuerdos comunes para el respeto del patrimonio y las infraestructuras culturales. Hasta ahora ese incumplimiento no suponía una destrucción física del patrimonio, permaneciendo las deficiencias ocultas y el peligro de lesión en un estado de latencia o invisibilidad que no generaba ningún tipo de alarma supranacional, habida cuenta de que la falta de observancia de la normativa internacional se reducía a la no aplicación de las medidas preventivas contempladas en la Convención de 1954 (tales como la señalización de los bienes, o deber el deber de información y difusión de la cultura de protección de este tipo de patrimonio) y no entrañan un deterioro físico de los bienes, pero sí una falta de preparación de estos bienes para resistir los embates de posibles pero improbables conflictos armados.

El inicio de las hostilidades ha trocado la situación, lo improbable ha pasado a convertirse en la aciaga realidad, produciéndose un efectivo daño a estos bienes y evidenciado las carencias y la falta de compromiso de los Estados en el cumplimiento de disposiciones de carácter vinculante, ya sea por su adhesión al instrumento en cuestión, por contener disposiciones de *ius cogens* o por cristalización de disposiciones de derecho consuetudinario.

Dedicaré las siguientes líneas de este opúsculo a esbozar de forma sucinta el marco normativo tuitivo de este tipo de bienes, la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto y,

tangencialmente, por razón de ciertas disposiciones de contenido concordante, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como a la Convención de 1972 de la Unesco para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural que por su mayor utilización e invocación para la protección del patrimonio cultural en conflictos armados merece ser traída a colación.

1. La Convención de La Haya de 1954 sobre protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado

Si bien tanto el Derecho de La Haya, relativo a normas de derecho humanitario que rigen la conducción de las hostilidades, como el de Ginebra, relativo a normas de derecho humanitario que establecen el derecho de las víctimas a la protección en conflictos armados internacionales o internos, conforman el marco normativo actual de referencia en la protección de estos bienes, por la mayor especialización del texto en la protección del patrimonio cultural, profundizaremos en mayor medida en el Convenio de La Haya de 1954. Se trata en definitiva de un texto internacional claramente inspirado en los Convenios de Ginebra de 1949 (Bugnion, 2001)[1].

Sin duda, la Segunda Guerra Mundial supuso un luctuoso acontecimiento para la cultura que originó en la conciencia internacional la asunción del deber de impedir en adelante hechos de esta naturaleza. El primer paso fue la creación de una organización que velara por el patrimonio cultural, creándose, como ya se ha mencionado en anteriores apartados de este estudio, la Unesco, en la Convención de Londres de 1945.

El propio texto fundacional de la Unesco, asignándole a esta organización como objetivo «la conservación, (el) progreso y […] difusión del saber», «recomienda a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin» (artículo 1.2.c.).

Fruto de esa recomendación que hiciera la Constitución de la Unesco, será la Convención de La Haya de 1954. En la Séptima reunión de la Conferencia General de la Unesco celebrada en 1952, por iniciativa de los Países Bajos para organizar una Conferencia Intergubernamental sobre protección del patrimonio cultural, se convocó una Conferencia Diplomática, que reunió entre el 21 de abril al 14 de mayo de 1954 en La Haya a 56 Estados y que adoptó la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (Toman, 1994; Paniagua, 1994; Nahlik, 1967; Casanovas y

1 No ha sido escasa la doctrina que ha se visto en esta dicotomía, Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra, una distinción atávica que responde más a esquemas jurídicos del pasado que a una actual visión jurídico-social del problema. Así lo demuestra que los textos en desarrollo del primitivo Derecho de Ginebra de 1949 y del original Derecho de La Haya de 1954, es decir, sus Protocolos de 1977 y el de 1999, respectivamente, contienen disposiciones de ambos tipos, lo que hace de esa distinción en la actualidad, una escisión artificial.

La Rosa, 1993: 45-113; García, 2017: 681 y ss.), así como el Reglamento para su aplicación, su protocolo adicional sobre exportación de bienes culturales durante los conflictos armados y tres Resoluciones sin carácter vinculante.
Se trata este de un texto que quiso dar solución a la creciente amenaza de destrucción que la guerra suponía para estos bienes a través de la cooperación entre los Estados, considerándose en el momento de su redacción y salvándose necesariamente las lógicas diferencias en cuanto al objeto de protección, como «la Cruz Roja de los bienes culturales» (Torres, 1975; Toman, 2005).
La Conferencia de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado entró en vigor el 7 de agosto de 1956, de conformidad con el artículo 33 del texto, es decir, tres meses después de haberse depositado cinco instrumentos de ratificación. Respecto de España, nuestro país se adhirió a la Convención y al Reglamento por Instrumento de 7 de julio de 1960[2] y, posteriormente, al Protocolo por Instrumento de 1 de junio de 1992[3].

1.1. Breve referencia al protocolo adicional I de 1954

Este primer Protocolo, adoptado en el mismo momento que la Convención de 1954, está referido a los bienes culturales muebles y establece la prohibición de exportar de los territorios ocupados este tipo de bienes y exige su retorno al Estado de origen. Prohíbe también la retención de estos bienes en concepto de resarcimiento por los daños ocasionados en el conflicto.

1.2. Breve referencia al protocolo adicional II de 1999

Conflictos como el de Yugoslavia, Irak, Kuwait, Croacia, Bosnia-Herzegovina y el terrible coste cultural que supusieron, demostraron la insuficiencia del instrumento creado en 1954, debido en gran parte a la imposibilidad, por causa del momento de su creación, de prever los avances técnicos de la guerra que afectarían de manera directa a la conservación del patrimonio cultural en los conflictos armados. Prueba de esta insuficiencia es el escaso número de bienes culturales inscritos en el Registro Internacional de Bienes culturales bajo Protección Especial y cuya inoperatividad en la protección de dichos bienes ha sido soslayada en parte, como se verá más adelante, por el sistema de listas previsto en la Convención de 1972.
Percibida esta necesidad de desarrollar el derecho vigente hasta ese momento, la Unesco celebró diversas reuniones de expertos que perfilaron el futuro

2 *BOE* de 24 de noviembre de 1960.

3 *BOE* de 25 de julio de 1992.

Segundo Protocolo sobre la Protección de los Bienes Culturales durante los Conflictos Armados.

Del 15 al 26 de marzo de 1999 se celebró una Conferencia Diplomática, organizada por la Unesco por invitación del Gobierno de los Países Bajos, en la que se discutió el Proyecto Preliminar de Segundo Protocolo preparado por Países Bajos y la Secretaría de la Unesco[4]. El Segundo Protocolo se adoptó el 26 de marzo de 1999 y entró en vigor tres meses después de que se depositaran veinte instrumentos de ratificación. España lo ratificó el 6 de julio de 2001[5].

El Segundo Protocolo completa[6] y clarifica la redacción del Convenio de La Haya de 1954. Son varias las cuestiones sobre las que este Protocolo ahonda en la exigua redacción del Convenio de 1954: especifica cuáles son las medidas preparatorias que los Estados deben adoptar en tiempos de paz para la salvaguarda de los bienes culturales en conflictos armados, así como las precauciones que han de adoptarse cuando se produzca un ataque o una vez este haya cesado (arts. 7 y 8 del Segundo Protocolo).

Como novedad, acotaba la posibilidad de recurrir a la «necesidad militar» como excepción a la protección de los bienes culturales[7].

Además, aclara la aplicación del Convenio en caso de conflictos armados internos (art. 22.1 del Segundo Protocolo), de tal manera que el régimen de salvaguarda previsto en la Convención de 1954 se amplía a este tipo de conflictos, ya que el primitivo Convenio tan solo preveía dicha obligación respecto de las partes en un conflicto armado de carácter internacional.

---

4 Documento Unesco HC/1999/1/rev.1, de 1 de febrero de 1999.

5 *BOE* de 30 de marzo de 2001.

6 El propio art. 2 señala que «el presente Protocolo complementa a la Convención en lo relativo a las relaciones entre las Partes».

7 En el art. 6 del Segundo Protocolo se establece que: «*A fin de garantizar el respeto de los bienes culturales de conformidad con el Artículo 4 de la Convención:*

a) una derogación fundada en una necesidad militar imperativa conforme al párrafo 2 del Artículo 4 de la Convención sólo se podrá invocar para dirigir un acto de hostilidad contra un bien cultural cuando y durante todo el tiempo en que:

i) ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar; y
ii) no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo.

b) una derogación fundada en una necesidad militar imperativa conforme al párrafo 2 del Artículo 4 de la Convención sólo se podrá invocar para utilizar bienes culturales con una finalidad que pueda exponerles a la destrucción o al deterioro cuando y durante todo el tiempo en que resulte imposible elegir entre esa utilización de los bienes culturales y otro método factible para obtener una ventaja militar equivalente;

c) la decisión de invocar una necesidad militar imperativa solamente será tomada por el oficial que mande una fuerza de dimensión igual o superior a la de un batallón, o de menor dimensión cuando las circunstancias no permitan actuar de otra manera;

d) en caso de ataque basado en una decisión tomada de conformidad con el apartado a), se debe dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces, siempre y cuando las circunstancias lo permitan».

Crea además un nuevo órgano: el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, integrado por doce Estados parte, cuya misión consiste en velar por el cumplimiento del Segundo Protocolo y desempeña un papel decisivo en la concesión del régimen de protección reforzada a los bienes culturales propuestos.
Perfila también el régimen de responsabilidad penal individual por los ataques y daños producidos a este patrimonio, especificando que dichos actos pueden tener la consideración de violaciones graves y contemplando la extradición como pena por estas violaciones (art. 18 del Segundo Protocolo), todo ello sin perjuicio, por un lado, de que «cada Parte (adopte) las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas»[8] y, por otro, *de que la* «responsabilidad de los Estados conforme al derecho internacional» comprende «la obligación de reparación» (art. 38 del Segundo Protocolo). Quizás la más relevante de las aportaciones sea un nuevo régimen de protección, más intenso que los previstos en el Convenio de 1954. Se trata de un régimen de «protección reforzada» que será objeto de estudio más adelante, juntamente con la protección general y especial de los bienes culturales.

2. Ámbito material de aplicación: los bienes culturales protegidos

El artículo 1 de la Convención de La Haya define los bienes culturales protegidos de la siguiente manera:

«Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos»

Advierte Toman (2005) que no deben confundirse los conceptos de «valor», con el de «importancia», ya que algunos objetos, incluso de valor limitado o ínfimo, pueden ser importante para la cultura nacional, mientras que otros, incluso de un gran valor económico, son reemplazables y, por lo

8 Art. 15.2 del Segundo Protocolo.

tanto, menos importantes. Es, además, la «importancia», un concepto muy subjetivo, difícil de concretar.

«b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.;

c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán «centros monumentales».

La redacción del actual artículo 1 es el resultado de la conciliación entre las distintas posturas sobre la definición del término. La delegación francesa abogaba por concretar en la Convención un concepto general de patrimonio cultural protegido que sería posteriormente pormenorizado y especificado por los países en su legislación nacional para explicar el significado de esta definición. Otros países defendieron una definición basándose en un criterio enumerativo. Y otros, como Estados Unidos, consideraban que pretender una definición general como defendía Francia, conduciría a todo lo contrario: una definición incompleta y que dejaría fuera de protección a muchos bienes merecedores de esta. Por esta razón, la delegación estadounidense consideraba preferible definirse el concepto señalando una categoría de objetos que debieran protegerse y que la Conferencia considerase bienes culturales. Estados Unidos ofreció, como se ha visto, una solución intermedia, consistente en una declaración general perfectamente clara, seguida de una serie de ejemplos, anunciados con la expresión «tales como»; solución intermedia que pudo adoptarse debido a que Francia no siguió adelante con su enmienda.
Además, el artículo 1, prevé como patrimonio cultural protegido a bienes tanto muebles como inmuebles, cualquiera que sea su titularidad o procedencia.
Los bienes contemplados en este artículo dispondrán de la protección general que dispensa el Convenio de 1954 y que requiere por parte de los Estados el señalamiento de dichos bienes (arts. 6, 16 y 17 de la Convención) con el símbolo distintivo establecido por este texto internacional.
Finalmente, la enumeración hecha en el artículo 1 se completa con lo previsto en los artículos 12, 13 y 15, donde se amplía esta protección general al «transporte exclusivamente destinado al traslado de bienes culturales, tanto en el interior de un territorio como en dirección a otro», en casos de urgencia, así como al personal encargado de la protección de este tipo de bienes[9].

9 En el caso de la seguridad del personal encargado de la protección del bien, la continuidad de este personal, aun cuando los bienes hubieran caído en manos del enemigo, se justifica por el interés de los bienes culturales

3. Ámbito temporal de aplicación

Si bien las disposiciones de la Convención se aplican generalmente en tiempo de guerra, su entrada en vigor se produce en tiempo de paz. De hecho, algunas de las obligaciones que la Convención impone a los Estados son actuaciones que han de realizarse en tiempos de paz[10].

El Convenio se aplica en los casos previstos en el artículo 18, a saber: cuando exista una guerra declarada, o cualquier otro conflicto armado entre dos o más Altas Partes Contratantes del Convenio de 1954, incluso cuando alguna de ellas no reconozca el estado de guerra, así como en aquellos supuestos de «ocupación de todo o parte del territorio de una Alta Parte Contratante, aun cuando esa ocupación no encuentre ninguna resistencia militar».

Pues bien, de la redacción del artículo 18 se desprende que la Convención priva a las Partes contratantes de las excusas que otrora habían esgrimido para eludir sus obligaciones en la guerra, en este caso las relativas a la protección del patrimonio cultural, puesto que no será necesaria ya una declaración formal de guerra, bastando simplemente el inicio de las hostilidades u ocupación. Esta previsión ha de ponerse en relación con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que precisa que dicho Convenio «se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra» (Toman 2005: 217). El resto del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 presenta una redacción muy similar a la del artículo 18 de la Convención de La Haya de 1954, muestra de que este último texto está claramente inspirado en aquellos textos de Derecho Internacional Humanitario.

El artículo 19, inspirado directamente en artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, amplía la aplicación de la Convención a los conflictos armados de carácter no internacional surgidos en el territorio de una de las Partes contratantes, señalando que «estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención, relativas al respeto de los bienes culturales», a la vez que «procurarán poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones de la presente Convención o parte de ellas». A estos efectos, la Unesco «podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto», que consistirán en establecer contactos con las autoridades

---

en cuestión, premisa esta que cede en los casos en que su continuidad sea incompatible con la seguridad (art. 15 de la Convención de La Haya de 1954).

10 El art. 2 explica la razón de estas obligaciones en tiempo de paz. Se tratan pues de obligaciones que pretenden preparar dichos bienes para situaciones de conflicto armado. En este sentido, señala que «las Altas Partes Contratantes se comprometen a preparar en tiempo de paz, la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas».

de las partes en conflicto, compelerlos a adoptar medidas preventivas o, cuando fuere necesario, las medidas que resulten apropiadas en los casos de destrucción parcial de bienes culturales.

4. Protección general y especial

El régimen jurídico protector que contempla la Convención puede diferenciarse entre el régimen de protección general, que corresponde con aquel que pueden gozar automáticamente todos los bienes que de conformidad con la definición dada en la Convención puedan subsumirse en la categoría de «bienes culturales» (Nahlik, 1990: 208); y el régimen de protección especial, con las especificidades mencionadas en el artículo 8 y que posteriormente se pormenorizarán.

Resulta evidente que para lograr la efectividad de estos regímenes protectores, estos han de contemplar una serie de obligaciones para los Estados anteriores al conflicto, durante el conflicto e incluso con posterioridad al mismo. La plétora de obligaciones puede resumirse en dos principales: la salvaguardia y el respeto de los bienes culturales. Estos mismos términos emplea el artículo 2, cuando precisa que «la protección de los bienes culturales, a los efectos de la presente Convención, entraña la salvaguardia y el respeto de dichos bienes».

El artículo 3 del Convenio, sin concretar en qué acciones u omisiones debe materializarse este deber de salvaguardia, señala que «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a preparar en tiempo de paz, la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas».

Aunque, como se ha dicho, la Convención guarda silencio sobre el contenido de la obligación de salvaguardia, dicha carencia fue cubierta por el Segundo Protocolo de 1999, que en su artículo 5 (Henckaerts, 1999), bajo la rúbrica «Salvaguardia de los Bienes Culturales», establece una serie de actuaciones de obligado cumplimiento para colmar y dar contenido a ese deber de salvaguardia previsto en la Convención. Como actuaciones a realizar, contempla:

> «[…] la preparación de inventarios, la planificación de medidas de emergencia para la protección contra incendios o el derrumbamiento de estructuras, la preparación del traslado de bienes culturales muebles o el suministro de una protección adecuada in situ de esos bienes, y la designación de autoridades competentes que se responsabilicen de la salvaguardia de los bienes culturales».

A fin de garantizar dicha protección, se prevé en el Segundo Protocolo de 1999 la creación de un Fondo para la protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, destinado a prestar principalmente asistencia financiera en apoyo de las medidas preparatorias o cualesquiera otras que se adopten en tiempo

de paz. En tal sentido, el artículo 29 del Segundo Protocolo prevé su creación, así como la procedencia de los recursos económicos de que se nutre el Fondo.
Ínsito en este deber de salvaguardia, se encuentra el deber de difusión al que alude el artículo 25 de la Convención, que no prevé medidas de actuación directa sobre el patrimonio, sino que persigue sentar las bases educativas para que los conflictos se conduzcan con pleno respeto a los bienes culturales. Con esta finalidad, el referido artículo concreta que:

> «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible en sus respectivos países, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, el texto de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación. En especial, se comprometen a introducir su estudio en los programas de instrucción militar y, de ser posible, en los de instrucción cívica, de tal modo que los principios puedan ser conocidos por el conjunto de la población, y en particular por las fuerzas armadas y el personal adscrito a la protección de los bienes culturales»,

Para lo cual el artículo 30 del Segundo Protocolo, completando el contenido del Convenio, concreta que los Estados deben incorporar en sus reglamentos militares directrices e instrucciones sobre la protección de los bienes culturales, elaborar y ejecutar, en cooperación con la Unesco y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales pertinentes, programas de formación y educación en tiempo de paz; comunicarse mutuamente, por conducto del director general de la Unesco, información sobre las leyes, las disposiciones administrativas y las medidas adoptadas en virtud de los párrafos anteriores, así como las disposiciones legislativas y administrativas que adopten para garantizar la aplicación del Protocolo.
Estas medidas de salvaguarda solo se realizan por el Estado poseedor del bien cultural en cuestión, por lo que respecto de este deber de salvaguarda de los bienes, disponen de una amplia libertad de actuación, pudiendo llegar a decidir si adoptan o no algunas de las medidas referidas en el artículo 5 del Protocolo Segundo de 1999 (Boylan, 1993: 59).
Este deber de salvaguardia encuentra una sola excepción: los conflictos armados no internacionales, en el entendido que en este tipo de conflicto, en virtud del artículo 19.1 del Convenio de La Haya, «cada una de las partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención, relativas al respeto de los bienes culturales», lo que excluye, por tanto, las relativas a la salvaguarda de los bienes culturales. Considero acertada, sin embargo, la crítica que Toman (1994) realiza sobre dicha excepción.
El autor se pregunta cuáles son realmente las disposiciones relativas al respeto de los bienes culturales, afirmando posteriormente que toda la Convención trata de la protección de los bienes culturales, que se define en el artículo 2 de

manera que incluye, inescindiblemente, la salvaguardia y el respeto de esos bienes (Nahlik, 1959: 20)[11]. Son estos argumentos los que llevan al autor checo a negar la excepción a la obligación de salvaguardia citada anteriormente (Toman, 1994: 235-237).

La segunda manifestación del deber de protección al que quedan sujetos los Estados, el respeto de los bienes culturales, se encuentra recogido en el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1954. Este artículo reconoce expresamente el principio de respeto como principio ya existente en el derecho internacional de los tratados y el derecho consuetudinario y que, por lo tanto, corresponde a la conciencia universal[12].

Como señala García Labajo, el deber de respeto, que obliga tanto al Estado donde se halle el bien cultural como a la Parte adversa, supone una doble abstención (García, 2017: 686). En primer lugar, la atención del Estado que posee el bien por cuanto deberá abstenerse de «utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y absteniéndose de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes»[13].

En segundo lugar, respecto del Estado adversario en la contienda, deberá abstenerse de realizar cualquier acto hostil sobre dichos bienes, así como

> «[…] a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes. Se comprometen también a no requisar bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante»[14].

---

11 Asimismo, entiende Toman (2005) que «[…] la protección (salvaguardia y respeto) de esos bienes, que constituye el objetivo y el espíritu de la Convención, y es de conformidad con este espíritu y objetivo que debe interpretarse la Convención».

12 Art. 4 del Convenio de La Haya de 1954: «1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes, absteniéndose de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y absteniéndose de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes. 2. Las obligaciones definidas en el párrafo primero del presente artículo no podrán dejar de cumplirse más que en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento. 3. Las Altas Partes Contratantes se comprometen además a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes. Se comprometen también a no requisar bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante. 4. Aceptan el compromiso de no tomar medidas de represalia contra los bienes culturales. 5. Ninguna de las Altas Partes Contratantes puede desligarse de las obligaciones estipuladas en el presente artículo, con respecto a otra Alta Parte Contratante, pretextando que esta última no hubiera aplicado las medidas de salvaguardia establecidas en el artículo 3».

13 Art. 4.1 del Convenio de La Haya de 1954.

14 Art. 4.3 del Convenio de La Haya de 1954.

No obstante, se prevé una excepción a este deber de respeto: la «necesidad militar imperativa», que no exceptúa, sin embargo, las obligaciones recogidas en el apartado 3 del artículo 4, a saber, las obligaciones de prohibir, impedir y hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes. El término «necesidad militar», viene completado con el adjetivo «imperativo», que puede entenderse como la inexistencia de otra opción posible. Se trata de un concepto que ha ocasionado interpretaciones divergentes y que no ha sido concretado con precisión en la Convención (Johannnot, 2013: 229 y ss.; Toman, 2005: 90-99; Hladík, 1999: 621-635)[15], debiéndose en todo caso interpretarse de forma restrictiva.

A pesar de que la Convención de 1954 solo obliga jurídicamente a las Partes Contratantes de este, el contenido de la Convención, por formar parte del derecho internacional consuetudinario, resulta vinculante para toda la comunidad internacional, independientemente de la ratificación del texto (Morales, 1993: 99)[16].

Así pues, los deberes de salvaguarda y respeto, por su carácter consuetudinario, habrán de guiar imperativamente la actuación de todos los Estados, sean o no parte del Convenio. Así se ha puesto de manifiesto por la propia Unesco en 1993, en su 27.ª reunión, celebrada en París del 25 de octubre al 26 de noviembre, cuando, la Conferencia General aprobó la Resolución 3.5 sobre la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 por la que afirmó, «los principios fundamentales de la protección y preservación de los bienes culturales en caso de conflicto armado podrían considerarse parte del derecho consuetudinario internacional»[17]. Estos principios de protección y preservación deben entenderse como los de salvaguardia y respeto recogidos en los artículos 3 y 4 de la Convención.

15 La cuestión sobre la necesidad militar imperativa fue abordada por el Segundo Protocolo de 1999, al prever el art. 6 ciertas restricciones a la posibilidad de invocar la necesidad militar imperativa para atacar un bien cultural, estableciendo que solo se puede invocar esta causa (art. 4.2 del Convenio de 1954) si la propiedad cultural, por su función, es un objetivo militar, no hay alternativa y lo decide, al menos, un jefe de Batallón (militar con empleo de teniente coronel, o quien ejerza aún con menor empleo el mando de manera accidental o mediante).

16 Fruto de esta vinculación de la comunidad al texto de la Convención por su carácter consuetudinario, se aprecia una clara diferencia respecto de la Convención de 1907. La cláusula *si omnes*, imperante en aquel texto, desaparece en la Convención de 1954, no vinculando ya tan solo a los elementos que toman parte en el conflicto, sino a toda la comunidad, no solo con motivo de las guerras formalmente declaradas si no en caso de cualquier tipo de hostilidades.

17 Unesco. (1993). *Actas de la Conferencia General, 27.ª reunión.* París. Vol. 1, Resoluciones. 25 de octubre al 16 de noviembre.

Más recientemente, se ha reafirmado el carácter consuetudinario de dichos principios. En 2005[18], el CICR recopiló en dos volúmenes el derecho internacional humanitario consuetudinario, a cargo de los profesores Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck. El volumen I, relativo a las «Reglas», dedica su Capítulo 12 (Reglas 38 a 41) a la protección de los bienes culturales en conflictos armados (Henckaerts y Doswald-Beck, 2006: 169 a 184).
Con motivo de sendos deberes, de salvaguardia y respeto de los bienes culturales, surge el de identificación, definido en el artículo 6, que se realizará mediante el emblema previsto a tal efecto y que deberá usarse obligatoriamente durante los conflictos armados (art. 10). Dicho emblema viene descrito en el artículo 16.1 y consistirá en:

> «[…] un escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar y blanco (el escudo contiene un cuadrado azul ultramar, uno de cuyos vértices ocupa la parte inferior del escudo, y un triángulo también azul ultramar en la parte superior; en los flancos se hallan sendos triángulos blancos limitados por las áreas azul ultramar y los bordes laterales del escudo)»[19].

Figura 1. Emblema de la Convención de 1954.

Puesto que el artículo 6 determina que los bienes culturales «podrán ostentar» el emblema, dicho modo verbal hace suponer que su colocación no resulta obligatoria, lo cual, por la interpretación conjunta de este artículo con el 4, ya citado, se infiere que el Estado, a través de la señalización, decide libremente sobre los bienes que considera de gran importancia y que, por lo tanto, están sujetos al régimen de protección general. La identificación de los bienes culturales no debe entenderse como condición *sine qua non* para el respeto de un bien cultural, pudiendo llegarse incluso, a resultas de la falta de identificación, aminorarse la responsabilidad de la parte contraria en caso de bombardeo, ya que la ignorancia de que se trata de un bien cultural puede excusar el acto de destrucción.

18 La versión original de este volumen fue editada por Cambridge University Press, en 2005.

19 Sobre la colocación, profundiza el reglamento para la aplicación de la Convención, en su art. 20, especificando que la colocación y el grado de visibilidad del emblema quedará a la apreciación de cada una de las partes, pudiendo figurar en banderas, estar pintado sobre el objeto o representado en este de cualquier otra forma, siempre que, de estas maneras, resulte visible durante el día, tanto desde tierra como desde el aire.

Junto a la protección general dispensada a todos los bienes que puedan subsumirse en la definición de «bienes culturales» del artículo 1 del texto, el Convenio prevé una «protección especial» (Malintroppi, 1960: 607-629) para un número limitado (por lo que habrá que elegir los bienes culturales más valiosos) de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande, cuando cumplan las condiciones establecidas en el artículo 8 del Convenio. El artículo 8.1 de la Convención establece como condiciones:

«a. Se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible, como por ejemplo un aeródromo, una estación de radio, un establecimiento destinado a trabajos de defensa nacional, un puerto o una estación ferroviaria de cierta importancia o una gran línea de comunicaciones;

b. No sean utilizados para fines militares».

En cuanto a la primera condición, las nociones de «distancia suficiente», «objetivo militar importante considerado como punto sensible» y «centro industrial importante», no se encuentran definidos en la Convención, de tal manera que la interpretación de estas ha de hacerse, caso por caso, en atención a las particulares circunstancias del momento y lugar.

Sobre estos conceptos, debe advertirse que el concepto de «distancia suficiente» es cambiante, puesto que, con la evolución de la tecnología militar, la delimitación de la distancia que puede considerarse «suficiente». En relación con los objetivos militares (enumerados en el art. 8) puede plantear problemas y, sin duda, experimentará cambios con el paso del tiempo y el avance de la técnica[20].

Por lo que respecta a la expresión «objetivo militar considerado como punto importante» guarda la Convención, al igual que lo hace con la expresión anterior, un absoluto silencio. Este concepto fue especificado años más tarde, en el artículo 52.2 del protocolo adicional I a la Convención de Ginebra de 1949 (8 de junio de 1977), definiéndolo como «aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida» (Badenes, 2005: 39).

La segunda de las condiciones menciona la «no utilización de los bienes para fines militares». Los apartados 3 y 4 del artículo 8 arrojan luz sobre el concepto de: «utilización para fines militares», debiendo ponerse en relación

20 Unesco. (1982). *Le Patrimoine culturel de l'humanité: une responsabilité commune*. DOC Unesco. CLT.82/WS/27, p. 21.

con el artículo 9 del mismo texto, referido a la inmunidad de que gozan los bienes sujetos a esta protección especial, que señala que «se comprometen a garantizar la inmunidad de los bienes culturales bajo protección especial absteniéndose […] toda utilización de dichos bienes o de sus proximidades inmediatas con fines militares».

El apartado 6 del artículo 8, establece una condición más, de carácter formal, para la aplicación del régimen de protección especial: la inscripción en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, a petición del Estado en que se encuentre el bien cultural a proteger.

Dispone el artículo 8.6 que:

> «[…] la protección especial se concederá a los bienes culturales mediante su inscripción en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial (San Martín, 2016: 20; Toman, 2015: 237)[21]. Esta inscripción no podrá efectuarse más que conforme a las disposiciones de la presente Convención y en las condiciones previstas en el Reglamento para su aplicación».

En los artículos 12 a 16 del Reglamento se prevé el procedimiento para la inscripción del bien en el Registro, que se iniciará mediante la presentación de la solicitud por la Alta Parte Contratante ante el director general de la Unesco, enviando posteriormente copias de dicha solicitud a los demás Estados parte con el fin de obtener la aprobación de estos para proceder a la inscripción en el registro.

5. Inmunidad

El régimen de protección especial de los bienes culturales conlleva, la inmunidad de estos. En este sentido, el Estado en cuyo territorio se encuentren estos bienes no puede utilizar estos ni sus proximidades inmediatas para fines militares. Para el otro Estado parte en la contienda, esta inmunidad supone, respecto de los bienes, ese deber de abstención de realizar actos de hostilidad ya referido.

---

21 Este registro ha tenido escaso éxito. Tan solo cinco Estados parte han solicitado la inscripción de bienes culturales en este (Austria, Camboya, Alemania, Países Bajos y la Santa Sede). Este indiscutible fracaso, fue resuelto, parcialmente, con motivo del Segundo protocolo adicional a la Convención de 1954, de 29 de marzo de 1999, que creó *la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada*, que, aunque se encuentra lejos del éxito que si ha obtenido la *Lista del Patrimonio Mundial en Peligro*, si ha conseguido un mayor número de inclusiones que el registro previsto en la Convención de 1954. San Martín Calvo plantea como solución óptima ante la pluralidad de listas sobre patrimonio cultural, que todas ellas se integraran en una sola, administrada por la Unesco. La posibilidad de integrar tales listas fue discutida durante la Conferencia Diplomática de La Haya de marzo de 1999, integración que se realizaría mediante una transferencia automática de los sitios culturales del Patrimonio Mundial (586 en el momento de la Conferencia), pero esta idea fue abandonada.

En estos términos se expresa el artículo 9 de la Convención, al señalar que:

> «[…] las Altas Partes Contratantes se comprometen a garantizar la inmunidad de los bienes culturales bajo protección especial absteniéndose, desde el momento de la inscripción en el Registro Internacional, de cualquier acto de hostilidad respecto a ellos salvo lo establecido en el párrafo 5 del artículo 8 y de toda utilización de dichos bienes o de sus proximidades inmediatas con fines militares».

Sin embargo, esta inmunidad contemplada en términos absolutos por la redacción del artículo 9, cede en «casos excepcionales de necesidad militar ineludible», como señala el artículo 11 de la Convención, referido a la «suspensión de la inmunidad». No obstante, la apreciación de estos casos excepcionales de necesidad militar ineludible solo podrá llevarse a cabo por «el jefe de una formación igual o superior en importancia a una división», debiendo comunicarse a la Parte adversa la suspensión de la inmunidad con antelación suficiente, especificando las razones al comisario general de los Bienes Culturales previsto en el Reglamento para la aplicación de la Convención.

Por último, dicha inmunidad descansa sobre una obligación bilateral. Si una de las Altas Partes Contratantes incumple este compromiso, la otra Parte queda liberada de su obligación de garantizar la inmunidad de los bienes en cuestión mientras persista la violación (párrafo 1 del art. 11 de la Convención). Se trata de una reserva (De Breucker, 1975: 256-269) que limita la eficacia de la genérica inmunidad de que gozan los bienes sujetos a una protección especial, pudiendo correrse el riesgo de que esta reserva devenga en una suerte de represalia[22] contra los bienes culturales del enemigo.

Junto a esta reserva, se aprecia la reserva relativa a la «necesidad militar», ya mencionada, por la cual, los Estados podrán dejar de cumplir sus obligaciones de respeto a los bienes culturales sujetos a protección general, cuando exista una necesidad militar que impida de manera imperativa su cumplimiento (art. 4.2 del Convenio). Sin embargo, para los bienes colocados bajo protección especial, la necesidad militar ha de ser «ineludible», pudiendo ser solo determinada esta por el jefe de una Unidad de entidad igual o superior a División. El uso de los términos «ineludible» e «imperativo», ha sido objeto de controversia en la doctrina internacionalista, siendo criticado por algún autor que la labor del operador jurídico descienda al plano meramente semántico (Nahlik, 1967: 132); otros, en cambio, frente a aquellos que abogan por considerar ambos conceptos idénticos, defienden que el término «ineludible» agrava la protección de inmunidad, dificultando la efectividad de la reserva (Eustathiades, 1960: 205; Batouncov, 1955: 128).

22 Proscrita en virtud del art. 4.4 de la Convención de 1954.

6. La identificación de los bienes culturales

Los bienes amparados por este régimen de protección especial han de ser identificados mediante el emblema descrito en el artículo 16.2. Respecto al uso del emblema, el artículo 17 precisa que:

> «1. El emblema repetido tres veces solo podrá emplearse para identificar:
> a. Los bienes culturales inmuebles que gocen de protección especial;
> b. Los transportes de bienes culturales en las condiciones previstas en los artículos 12 y 13;
> c. Los refugios improvisados en las condiciones previstas en el Reglamento para la aplicación de la Convención.
> 3. En caso de conflicto armado queda prohibido el empleo del emblema en otros casos que no sean los mencionados en los párrafos precedentes del presente artículo; queda también prohibido utilizar para cualquier fin un emblema parecido al de la Convención.
> 4. No podrá utilizarse el emblema para la identificación de un bien cultural inmueble más que cuando vaya acompañado de una autorización, fechada y firmada, de la autoridad competente de la Alta Parte Contratante».

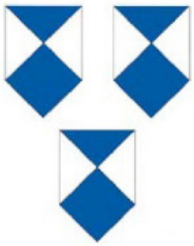


Figura 2. Emblema de los bienes culturales sujetos a protección especial[23] .

7. Protección reforzada

El Segundo Protocolo de 1999 da un paso más en la protección del patrimonio cultural durante los conflictos armados. Frente a los regímenes de protección general y especial que contempla la Convención, el Segundo Protocolo establece en su artículo 10 un régimen de protección reforzada[24].

---

23 Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2002). *Consejos prácticos para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.* Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, p. 12.

24 Art. 10 del 2.º Protocolo de 1999: «Un bien cultural podrá ponerse bajo protección reforzada siempre que cumpla las tres condiciones siguientes:
a) que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad;

A diferencia de la protección especial del artículo 8 del Convenio, la obtención de la protección reforzada no precisa requisitos difíciles de conseguir (Rodríguez, 2015: 39). Tanto es así, que Toman afirma que el objetivo de este artículo 10 es acabar con los obstáculos creados por la definición restrictiva y las condiciones irrealistas impuestas por el artículo 8 del Convenio de 1954 (Toman, 2015: 236).

El artículo 11 del Segundo Protocolo establece el sistema rogado de concesión de la protección reforzada y de inscripción del bien cultural solicitado en la Lista. Dicho procedimiento se incoa mediante solicitud de los Estados al Comité, quien, dando traslado a las demás partes contratantes y con el apoyo de dictámenes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, adoptará una decisión, concediendo o negando la protección reforzada. El apartado 10 del artículo 11 determina que «el Comité concederá la protección reforzada a un bien cultural a partir del momento en que se inscriba en la Lista». A pesar del carácter rogado de la inscripción, el Protocolo Segundo contempla la posibilidad de que el Comité invite a una Parte a que pida la inscripción de ese bien cultural en la Lista, cuando previamente el Comité Internacional del Escudo Azul y otras organizaciones no gubernamentales con la competencia apropiada recomienden al Comité la inscripción de un bien cultural específico (art. 11.3).

De igual manera que los bienes sujetos a protección especial, los bienes colocados bajo protección reforzada gozan de inmunidad, debiendo los Estados abstenerse «de hacerlos objeto de ataques y de utilizar esos bienes o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares». El incumplimiento de este deber de inmunidad supone la pérdida de la protección, que junto a otras causas, se señala en el artículo 13 como causas de pérdida de la protección reforzada.

El Comité puede suspender la protección reforzada en caso de incumpliendo de lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo Segundo, pudiendo incluso llegar a anular dicha protección, cuando no cumpla algunos de los requisitos del artículo 10 o se produzca algunas de las violaciones graves del artículo 12, con la consiguiente retirada del bien de la Lista (art. 14 del Segundo Protocolo).

A pesar de que no se contenga en el Protocolo Segundo ninguna previsión sobre la obligación de señalizar los bienes sujetos a protección reforzada y tras diversas propuestas[25], finalmente se adoptó el símbolo definitivo en la Sexta reunión de los Estados parte del Convenio.

---

b) que esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado; y

c) que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla, en la que se confirme que no se utilizará para esos fines».

25 CLT-14/9.COM/CONF.203/4-Annex 1.

Figura 3. Emblema de «protección reforzada»[26].

8. Otras obligaciones de los Estados

Las obligaciones de los Estados no solo se reducen a las de respeto y salvaguardia mencionadas en los epígrafes anteriores. Junto a estas obligaciones más genéricas, el Estado se encuentra compelido a realizar determinadas actuaciones, antes, durante y al término del conflicto.

El artículo 7 de la Convención se refiere a la obligación de las Altas Partes Contratantes de preparar o establecer servicios o personal especializados dentro de las fuerzas armadas «cuya misión consista en velar por el respeto a los bienes culturales y colaborar con las autoridades civiles encargadas de la salvaguardia de dichos bienes». Esta obligación implica introducir en sus reglamentos y ordenanzas militares disposiciones cuyo fin sea garantizar el cumplimiento de la Convención, así como a «inculcar en el personal de sus fuerzas armadas un espíritu de respeto a la cultura y a los bienes culturales de todos los pueblos».

La redacción del precepto se relaciona con el deber de difundir ampliamente, si bien no circunscrito solamente al ámbito organizativo castrense, las disposiciones de la Convención (art. 25) y las del Segundo Protocolo (art. 30).

También recae sobre los Estados el deber de permitir continuar al personal encargado de la vigilancia y protección de los bienes culturales protegidos en la realización de dichas tareas, aun cuando los bienes caigan en manos de la Parte adversa, identificándose este personal mediante un brazalete y la tarjeta especial de identidad que figura en el Reglamento[27] (arts. 15 y 17).

Es de especial importancia la obligación de los Estados contenida en el artículo 4.3 del Convenio. Dispone este que:

> «[…] las Altas Partes Contratantes se comprometen además a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos

26 Unesco. (2016). *Protection of Cultural Property: Military Manual*, p. 88.

27 *Vid*. Ilustración 1.

> bienes. Se comprometen también a no requisar bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante».

Cuya violación supone la comisión de una falta grave, tal como señala el Segundo Protocolo de 1999 en su artículo 15.1.
De igual manera, esta prohibición del artículo 4.3 ha de ponerse en relación con ciertas disposiciones del primer Protocolo, como el artículo 1 que prohíbe la exportación de bienes; el artículo 5, referido a la devolución, al término del conflicto, de bienes transportados; el artículo 2, que prevé la colocación bajo secuestro de bienes culturales cuando procedan de un territorio ocupado; o el artículo 4, que establece la obligación de indemnizar a los poseedores de buena fe de los bienes culturales que hayan de ser devueltos.
El régimen de protección de los bienes culturales en supuestos de ocupación (O'Keefe, 2006: 134) genera para los Estados ocupantes «total o parcialmente el territorio de otra Alta Parte Contratante» la obligación de «en la medida de lo posible, prestar su apoyo a las autoridades nacionales competentes del territorio ocupado a fin de asegurar la salvaguardia y la conservación de los bienes culturales de ésta».

9. Régimen sancionador internacional y nacional

Al respecto, la Convención de 1954 señala en su artículo 28 que:

> «[…] las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención».

Se trata de una disposición que deja en manos de la legislación nacional la tipificación de las conductas y la apreciación de la gravedad de penas. Los Estados además, asumen la obligación de contemplar en su legislación penal y en su derecho administrativo sancionador internos, las violaciones de las disposiciones del Convenio, así como de perseguir a los presuntos responsables de las mismas.
La redacción de este artículo 28 se inspira claramente en el artículo 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio de Ginebra, 129 del III Convenio de Ginebra y 146 del IV Convenio de Ginebra, común a todos ellos. Los Estados se comprometen a promulgar la legislación necesaria, que se aplicará en tiempo de paz.
El mandato legislativo y sancionador contemplado en el mencionado artículo 28 se verá desarrollado y especificado por medio del Segundo Protocolo.

El Segundo Protocolo, en su capítulo 4, titulado «Responsabilidad penal y jurisdicción», precisa las infracciones que tienen la consideración de graves, ampliando este sistema sancionador respecto del sistema previsto en los Convenios de Ginebra de 1949, mediante la previsión expresa como «grave» de aquellas violaciones de las disposiciones del protocolo adicional I, de los cuatro de la Convención de Ginebra de 1977 y de las previstas en el II.

Señala García Labajo una mayor claridad en cuanto al elemento de la culpabilidad de las infracciones graves, al diferenciar el Segundo Protocolo entre dos tipos de infracciones, las graves y «otras violaciones». Respecto de las primeras, el artículo 15 concibe las infracciones graves como aquellas que se cometan «deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo». En este sentido, afirma García Labajo que de la redacción de dicho precepto puede inferirse que el Segundo Protocolo busca limitar las violaciones graves a aquellas realizadas dolosamente, excluyendo, por tanto, la posibilidad de la comisión culposa del tipo penal (García, 1997: 703). De igual manera que concreta el dolo como elemento imprescindible y único de la culpabilidad en las violaciones graves, obliga el artículo 15.2 a los Estados parte a adoptar:

> «[…] las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente Artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas. Al hacer esto, las Partes se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos».

Asimismo, al remitirse la tipificación de las violaciones graves a las disposiciones del Convenio y del Protocolo, entra en juego la excepción de la necesidad militar, que privaría al hecho inicialmente típico de la necesaria antijuridicidad, por concurrir alguna de las circunstancias previstas en el artículo 6 del Segundo Protocolo de 1999, ya analizado con mayor énfasis en las líneas precedentes.

En cuanto al segundo tipo de violaciones, el artículo 21, las define como:

> «[…] a) toda utilización de bienes culturales en violación de la Convención o del presente Protocolo;
> b) toda exportación y cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos de bienes culturales desde un territorio ocupado en violación de la Convención o del presente Protocolo».

Sin embargo, debido a la menor entidad de estas vulneraciones, el propio artículo 21 concreta que «[…] cada Parte adoptará las medidas legislativas, administrativas o disciplinarias que puedan ser necesarias para que cesen

los siguientes actos, cuando sean perpetrados deliberadamente», lo que debe entenderse, por un lado, como que solo procede la comisión dolosa de dichas «otras violaciones» y, por otro lado, que no deben ser necesariamente tipificadas como delito, sino que pueden ser sancionadas administrativamente.
Respecto a la jurisdicción nacional competente para conocer y sancionar dichos hechos, el artículo 16.1 concreta una serie de reglas al respecto. El primer apartado del artículo 16 precisa que:

> «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, cada Parte adoptará las medidas legislativas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de las infracciones indicadas en el Artículo 15, en los siguientes casos.
> a) cuando la infracción se haya cometido en el territorio de este Estado;
> b) cuando el presunto autor sea un nacional de este Estado;
> c) cuando se trate de las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del primer párrafo del Artículo 15, en caso de que el presunto autor esté presente en el territorio de este Estado».

Sin embargo, a la hora de determinar el órgano jurisdiccional competente, no debemos olvidar la creación de la Corte Penal Internacional (Pozo-Serrano, 2003: 299-346), creada por la Conferencia diplomática de Plenipotenciarios celebrada el Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, siendo su Estatuto aprobado este último día[28]. Huelga decir que la creación de este órgano jurisdiccional de carácter penal no alterará el sistema de responsabilidad penal internacional, toda vez que en el propio Estatuto de Roma de 1998 se establece el carácter complementario de dicho Tribunal respecto de las jurisdicciones penales nacionales (González y Gorriz, 2003: 242 y ss.).
El artículo 1 del Estatuto define a la Corte como «una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». Por tanto, ejercerá su jurisdicción sobre los crímenes internacionales más graves, entre los que, referidos a la protección del patrimonio cultural, se encuentra los *crímenes de guerra*, definidos estos en el artículo 8 del Estatuto, en su apartado 2.

10. Conclusiones

Las medidas adoptadas por la Unesco para paliar los efectos del conflicto de Ucrania sobre los bienes culturales han puesto de manifiesto la ineficacia

28 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998) Documento A/CONF.183/9, de 17 de julio. Ratificado por España por Instrumento de 15 de mayo de 2002. *BOE*. 239, 27 de mayo de 2002.

del sistema de listas establecido por la Convención de 1954 y sus protocolos adicionales. Sirvan de ejemplo las medidas de asistencia técnica y financiera para la protección y restauración del Centro Histórico de Odesa[29] y la inclusión del sitio en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, establecida no por la Convención de 1954 por ser el instrumento específico establecido por la Unesco para la salvaguardia de este patrimonio en caso de conflicto, sino por la Convención de 1972 de la Unesco para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, que protege de manera tangencial este patrimonio *ratione materiae*.

La Convención de 1972 establece dos Listas, que constituyen el elemento más destacado del instrumento: la Lista del Patrimonio Mundial y la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, cuya elaboración será decidida por el Comité de Patrimonio Mundial, compuesto de 21 Estados parte elegidos por la Asamblea General de los Estados parte durante la Conferencia General de la Unesco.

Analizando el instrumento de 1972, Clement considera que la protección que confiere la inscripción de bienes en el sistema de listas de la Convención de 1972, también se extiende a las circunstancias de conflicto armado. Así, explica, se ha invocado la protección que dispone el artículo 6.3 del Convenio de París en varios conflictos, por ejemplo, con motivo de los daños infligidos a la mezquita de Isfahán en Irán, durante la guerra entre Irak *e Irán en los años ochenta y, más recientemente, durante la guerra en Yugoslavia por el bombardeo sobre la ciudad vieja de Dubrovnik* (Clement, 1993: 543-544; Seidl-Hohenveldern, 1993: 395)[30].

Si bien es cierto que la Convención de la Haya de 1954 se concibió como un instrumento internacional especializado y concreto para la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado, no obsta para que sus deficiencias o fracasos hayan podido ser colmados por este texto de 1972, posterior en el tiempo y que *a priori*, no se redactó con la intención de subsanar las deficiencias de aquel, como lo demuestra, entre otros factores, el ámbito de protección material (solo bienes inmuebles, mientras que la Convención de 1954 protege bienes inmuebles también) y temporal de la misma (concibe

29 La inclusión del Centro Histórico de Odesa se produjo por el procedimiento de emergencia previsto en la Convención de 1972, en su art. 11. Para que se realice dicha inscripción, en sentido estricto, no se requiere el consentimiento del Estado territorial afectado, pero, en circunstancias normales, el Estado parte debe presentar una solicitud de asistencia al Comité antes de que pueda realizarse la inscripción. En caso de necesidad urgente, sin embargo, el Comité puede inscribir el bien en la lista sin necesidad de previa solicitud del Estado. La determinación de si existe o no tal necesidad urgente corresponde al Comité.

30 La ciudad vieja de Dubrovnik fue inscrita, a solicitud de Yugoslavia, en la Lista del Patrimonio Mundial en 1979. En 1992 fue inscrita en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, por causa del bombardeo sufrido el 6 de diciembre de 1991. Algunos autores han visto en este luctuoso acontecimiento, la prueba irrefutable de la ineficacia de la Convención de La Haya de 1954 en la protección del patrimonio cultural en conflictos armados.

un sistema de protección para el patrimonio mundial, en todo supuesto, no necesariamente cuando tenga lugar un conflicto armado).

En definitiva, la Lista del Patrimonio Mundial y, en concreto, la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, han venido a paliar el fracaso del inventario previsto en la Convención de la Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, denominado Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial, previsto en el artículo 12[31], por su escasa aceptación. Como respuesta a este fracaso y al socaire de la Convención de 1954, el Segundo Protocolo Anejo a la Convención de La Haya de 1954, aprobado el 29 de marzo de 1999, crea la Lista de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada, que tampoco ha conseguido desbancar a las listas del Patrimonio Mundial de la Convención de 1972 como listas más usadas de bienes a proteger en caso de conflicto.

Para concluir, desde la entrada en vigor de la Convención de 1972, la práctica internacional ha demostrado el éxito de este texto internacional, no solo por el elevado número de Estados que la han ratificado, sino también por la efectividad de sus disposiciones, que han puesto en relieve la formación, como atestigua Badenes Casino (2005: 74), de un derecho consuetudinario en la materia que palía el problema de la falta de obligatoriedad de las disposiciones de la Convención al no haber sido ratificadas por muchos Estados, mediante la coercibilidad que el Derecho internacional consuetudinario tiene de suyo.

Bibliografía

Badenes Casino, M. (2005). *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia.* Valencia, Ed. Universidad de Valencia, p. 39.

Batouncov, G. (1955). *La Protection des biens culturels, monuments historiques et oeuvres d'art en cas de conflit armé: Convention de La Haye 14 Mai 1954*. Universidad de París, p. 128.

Boylan, P. *J. (1993). Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954).* París, Unesco, p. 59.

Bugnion, F. (2001). El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. 844, 901 y 902.

Casanovas y La Rosa, O. (1993): *La protección internacional del patrimonio cultural.* Instituto Hispano-luso-americano de Derecho Internacional, pp. 45-113.

31 Art. 12.1 de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado: *«Se establecerá un* "Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial"*»*.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2002). *Consejos prácticos para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.* Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, p. 12.

De Breucker, J. (1975). Réserve des nécessités militaires. *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, pp. 256- 269.

España (1960). *Boletín Oficial del Estado.* 24 de noviembre de 1960.

— (1992). *Boletín Oficial del Estado.* 25 de julio de 1992.

— (2001). *Boletín Oficial del Estado.* 30 de marzo de 2001.

— (2006). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. Ratificado por España por Instrumento de 15 de mayo de 2002. *Boletín Oficial del Estado*. 27 de mayo de 2002, 239.

Eustathiades, T. (1960). La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. En: Basdevant, J. y Accioly, H. (eds.). *Homage d'une génération de juristes au Président Basdevant.* París, p. 205.

García Labajo, J. *M.* (2017). La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado. En: Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (coords.). *Derecho Internacional Humanitario.* 2.º edición. Cruz Roja, p. 681 y ss.

González, J. L. y Gorriz, E. (2003). *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar).* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 242 y ss.

Henckaerts, J. M. (1999). New rules for the protection of cultural property in armed conflict. The significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. *International Review of the Red Cross.* 835. Disponible en: https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jq37.htm

Henckaerts, J. *M. y* Doswald-Beck, L. (2006). *Droit International Humanitaire Coutumier. Volume I: Règles.* Comité International de la Croix-Rouge. Ed. Bruyllant, pp. 169-184.

Hladík, J. (1999). The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity. *International Review of the Red Cross.* Vol. 81, 835, pp. 621 a 635.

Johannot Gradis, C. (2013). *Le patrimoine culturel matériel et immatériel: quelle protection en cas de conflit armé?* Université de Genève. Genève, Ed. Schulthess, pp. 229 y ss.

Malintroppi, A. (1960). La protezione "spéciale" délla Città del Vaticano in caso di conflitto armato. *RDI*. Vol. 43, pp. 607-629.

Morales i Poch, I. (1993). La protección de los bienes culturales en los conflictos armados. *Derecho y opinión.* 1, p. 99.

Nahlik, S. (1959). Des crimes contre les biens culturels. *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye*. Vol. 29, p. 20.

— (1990). Protección de los bienes culturales. En: VV. AA. *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario.* Instituto Henry Dunant. Madrid, Editorial Tecnos, S. A. y Unesco, p. 208.
— (s. f.). La protection internationale des biens culturels en cas de de conflit armé. Recueil Des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye. 120/2, p. 132.
O'Keefe, R. (2006). *The protection of cultural property in armed conflict.* Ed. Cambridge University Press, p. 134.
— (2016). *Protection of Cultural Property: Military Manual.* Ed. Unesco, p. 88.
Paniagua Redondo, R. (1994). Regulación jurídico internacional de los bienes culturales en caso de conflicto armado: La Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954. *IURIS Cuaderns de política jurídica*. Generalitat de Cataluña. 1.
Pozo-Serrano, M. P. (2203). Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un balance provisional. *Anuario Español de Derecho Internacional.* Vol. 19.
Rodríguez Bernal, A. *P.* (2015). *La Convención de La Haya para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 y su Segundo Protocolo de 1999, Aproximación, utilidad e implementación en España.* Ed. Rodríguez Bernal abogados, p. 39.
San Martín Calvo, M. (2016). La acción normativa de la Unesco y sus órganos asesores en el ámbito de la protección de los bienes culturales. *Revista Española de Relaciones Internacionales*. 8, p 20.
Seidl-Hohenveldern, I. (1993). La protection internationale du patrimoine culturel national. *Revue General de Droit International Public*. 2, p. 395.
Toman, J. (1994). *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention et du Protocole de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ainsi que d'autres instruments de droit international relatifs à cette protection.* Ed. Unesco. P. 237.
— (2005). La Convention de La Haye - un pas décisif de la de la communauté internationale. *Revista Museum International.* Unesco, 225, p. 12.
— (2015). *Les biens culturels en temps de guerre: Quel progrès en faveur de leur protection? Commentaire article-par-article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.* París, Ed. Unesco.
Unesco. (1982). *Le Patrimoine culturel de l'humanité: une responsabilité commune*. CLT.82/WS/27, p. 21.
— (2016). CLT-14/9. *COM/CONF.203/4-Annex 1. Protection of Cultural Property: Military Manual*, p. 88.

PUBLICACIONES DE DEFENSA

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE DEFENSA

SUBSECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL

9 772531 232007 05023