

EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS MISIONES MILITARES

Samuel López Cabrera

Prólogo a cargo de
Carlos Ruiz Miguel



eBook en www.colex.es



EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS MISIONES MILITARES

Samuel López Cabrera

Doctor en Derecho

**Prólogo a cargo de
Carlos Ruiz Miguel**

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Samuel López Cabrera

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-870-3
Depósito legal: C 517-2023

*A Lucas y Andrea, a quienes debo mucho tiempo dedicado
a este trabajo. Sin su comprensión no habría sido posible.*

SUMARIO

PRÓLOGO	19
ABSTRACT	23
INTRODUCCIÓN	25

CAPÍTULO I **LAS MISIONES DEL EJÉRCITO PRECONSTITUCIONAL:** **GUERRA Y ORDEN PÚBLICO**

Parte I. Siglo XIX.	31
1. Introducción a las misiones de guerra y orden público.	31
2. El derecho de excepción en el derecho histórico español.	37
2.1. Ejército y excepcionalidad en el constitucionalismo histórico.	40
2.1.1. El Ejército en la Constitución de 1812.	41
2.1.2. La excepcionalidad en la Constitución de 1812.	43
2.1.3. El Ejército en la Constitución de 1837.	44
2.1.4. La excepcionalidad en la Constitución de 1837.	45
2.1.5. El Ejército en la Constitución de 1845.	45
2.1.6. La excepcionalidad en la Constitución de 1845.	46
2.1.7. El Ejército en la Constitución «non nata» de 1856.	47
2.1.8. La excepcionalidad en la Constitución de 1856.	47
2.1.9. El Ejército en la Constitución de 1869.	47
2.1.10. La excepcionalidad en la Constitución de 1869.	48
2.1.11. El Ejército en la Constitución de 1876.	49
2.1.12. La excepcionalidad en la Constitución de 1876.	52
2.2. Desarrollo legislativo de la excepcionalidad en el constitucionalismo.	53
2.3. Ley de Orden Público de 1867. Estados excepcionales y participación militar.	57
2.4. Ley de Orden Público de 1870. Estados excepcionales y participación militar.	64
3. El pronunciamiento militar: mecanismo estabilizador.	66
4. La participación militar en el orden público.	69
4.1. Militarización del orden público. La Legión de Salvaguardias Nacionales.	70
4.1.1. El Cuerpo de Voluntarios Realistas.	72
4.1.2. El Cuerpo de Carabineros.	74

SUMARIO

4.1.3. Especial referencia a la Guardia Civil	76
4.1.4. Binomio «Guardia Civil y jurisdicción militar»	88
4.2. Organización civil del orden público: La Policía	93
Parte II. Siglo XX.	102
1. Misiones del Ejército durante la Restauración	102
2. Misiones de la Guardia Civil durante la Restauración	104
3. Estatuto jurídico de la institución militar en la Constitución de 1931	107
3.1. Binomio «Ejército y excepcionalidad»	110
3.2. La Ley de Orden Público de 1933.	112
4. Conservación de una organización policial militarizada durante la República	116
5. Nuevas misiones militares durante el franquismo.	118
5.1. Administración policial franquista. Especial referencia a la Guardia Civil.	119
5.2. La Policía	122
5.3. Mantenimiento del «estado de guerra» durante el franquismo	123
5.3.1. La Ley de Orden Público de 1959	126
5.3.2. Extensión de la excepcionalidad al ámbito militar.	128

CAPÍTULO II

LAS MISIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. Constitucionalización de las Fuerzas Armadas	133
1.1. Defensa civil: Un derecho-deber	138
1.2. La figura del reservista en las Fuerzas Armadas	140
1.3. El papel de las Cortes Generales en la Defensa Nacional.	142
1.3.1. La declaración de guerra	143
1.3.2. Crítica doctrinal a la juridicidad de la declaración de guerra	146
1.3.3. La declaración de paz	148
1.4. El Rey como «mando supremo» de las Fuerzas Armadas	150
2. Desmilitarización parcial de la seguridad pública: el caso de la Guardia Civil	156
2.1. Del orden público a la seguridad pública	164
2.2. Las misiones «defensivas» de la Guardia Civil	166
2.3. La UE: Principio de cooperación en materia de seguridad y defensa	171
2.4. La Guardia Civil en el marco de la seguridad europea: EUROGENDFOR	175
3. Abandono del concepto jurídico «guerra». Tratamiento en el Derecho Internacional.	179
3.1. Justificación de la guerra.	180
3.2. De la guerra clásica a los conflictos	181
3.3. El Convenio de Ginebra de 1864.	182
3.4. La Conferencia de la Haya de 1899	183
3.5. La Conferencia de la Haya de 1907.	185

SUMARIO

3.6. Los Convenios de Ginebra de 1949.	186
3.6.1. La protección de víctimas de conflictos armados internacionales. Protocolo I, de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de 1949. . .	190
3.6.2. La protección de víctimas en conflictos armados no internacionales. Protocolo II, de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de 1949	193
3.6.3. El signo distintivo adicional. Protocolo III, de 8 de diciembre de 2005, adicional a los Convenios de 1949	194
3.7. La responsabilidad penal en el DIH. La CPI de 1998.	194
3.7.1. Responsabilidad penal internacional del mando militar en España. 200	
3.7.2. La obediencia debida: Límite de la responsabilidad militar.	201

CAPÍTULO III

LAS MISIONES «PROPIAS» DE LAS FUERZAS ARMADAS

1. Las misiones «propias» de las Fuerzas Armadas	207
2. Las Fuerzas Armadas en operaciones internacionales de paz. Constitucionalidad y legalidad	208
2.1. Misiones internacionales de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz. Ámbito Naciones Unidas	214
2.1.1. Marco jurídico internacional de las misiones de paz de Naciones Unidas	217
2.1.2. Tipología de las misiones de paz de Naciones Unidas	220
2.2. Misiones internacionales de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz. Ámbito Unión Europea	222
2.3. Intervención armada mediante grupos de acción rápida: <i>Battlegroups</i> . .	223
2.4. El principio de legítima defensa colectiva en el Tratado del Atlántico Norte	227
2.5. Participación de las Fuerzas Armadas en la OTAN. Gestión de crisis y Fuerza de Respuesta Rápida	229
2.6. Participación de las Fuerzas Armadas en la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea. Una opción militarmente restringida . .	230
2.7. Relevancia de los Convenios Bilaterales en la acción exterior de las Fuerzas Armadas	232
2.8. El Convenio de 1988 con Estados Unidos	234
2.9. La intervención armada por razones de Humanidad	235
2.10. El empleo de la fuerza en las operaciones militares internacionales. Las Reglas de Enfrentamiento (ROE).	242
2.10.1. Las ROE en el marco del Derecho Militar Operativo	245
2.10.2. Las ROE en relación al Derecho interno.	248
2.10.3. Las ROE en Estados Unidos.	253
2.11. Uso de la fuerza en operaciones internacionales. Práctica de la detención	254
2.11.1. La detención en situación de conflicto armado internacional . . .	257
2.11.1.1. El prisionero de guerra	257
2.11.1.2. El internamiento de civiles	261
2.11.1.3. La detención de combatientes «no privilegiados»	262

SUMARIO

2.11.2. Inseguridad jurídica en la detención militar durante la gestión de crisis internacional	262
3. La configuración constitucional del estado de sitio.	264
3.1. El bando militar. La conducción del estado de sitio	272
3.2. Naturaleza jurídica del bando militar	272

CAPITULO IV

LAS MISIONES «IMPROPIAS» DE LAS FUERZAS ARMADAS

1. Las misiones «impropias» de las Fuerzas Armadas	277
2. Misiones «impropias» en situación de normalidad democrática.	278
2.1. Seguridad ciudadana.	280
2.1.1. Terrorismo	284
2.1.2. Inmigración. Factor de riesgo terrorista.	290
2.2. Protección civil. La Unidad Militar de Emergencias	294
2.3. El carácter autónomo de ciertas misiones de las Fuerzas Armadas	299
3. Misiones «impropias» en situación de excepcionalidad democrática	303
3.1. El estado de alarma	303
3.1.1. La participación de las Fuerzas Armadas con ocasión de la pandemia Covid-19: Operaciones Balmis y Baluarte.	313
3.1.2. Crítica constitucional del RD 463/2020, de 14 de marzo.	316
3.1.3. Crítica constitucional del RD 926/2020, de 25 de octubre	322
3.1.4. Crítica constitucional del RD 956/2020, de 3 de noviembre	327
3.2. El estado de excepción	330
3.3. La participación de las Fuerzas Armadas durante el estado de excepción	332

CAPÍTULO V

LAS MISIONES «SECURITARIAS» DE LAS FUERZAS ARMADAS. MARCO TEÓRICO, ESTRATÉGICO Y PARTICIPATIVO

1. Nuevas nociones de conflictividad. Las «nuevas guerras»	335
1.1. De la «primera a la tercera generación» de guerras	337
1.2. Las guerras de «cuarta generación» y los «conflictos asimétricos».	339
1.3. Las «guerras de baja intensidad»	344
1.4. Las «guerras híbridas».	346
1.4.1. Rusia: La guerra híbrida como método geopolítico.	348
1.4.2. Los conflictos en la «zona gris»	350
2. Concepto de situación de crisis en el ámbito de las Fuerzas Armadas.	352
2.1. Tipología de las situaciones de crisis	355
2.2. La gestión de crisis	357
2.2.1. El Sistema Nacional de Gestión de Crisis en España.	362
2.2.2. Las deficiencias del Sistema Nacional de Gestión de Situaciones de Crisis	366

SUMARIO

2.3. La Ley de Seguridad Nacional	369
2.4. La Directiva de Defensa Nacional 2020	371
2.5. Las Estrategias de Seguridad Nacional. Aportaciones.	372
2.6. Doctrina de Seguridad Nacional en Estados Unidos	382
2.7. Las Estrategias de Seguridad Nacional de Estados Unidos	384
3. Misiones de las Fuerzas Armadas en la Seguridad Nacional.	389
3.1. Contrainteligencia	389
3.2. Control de armas de destrucción masiva	392
3.3. Infraestructuras Críticas	396
3.4. Sistemas aéreos no tripulados	399
3.5. Operaciones militares en el ciberespacio	403
3.6. Ciberdefensa	405
3.7. Inteligencia Artificial, Automatización y Robótica	406
3.8. El espacio ultraterrestre	409
CONCLUSIONES	413
BIBLIOGRAFÍA	429

PRÓLOGO

La vida se adereza con satisfacciones y pesares. Una de las satisfacciones que me ha dado la vida ha sido la de poder dirigir la tesis de Samuel López Cabrera que hoy, felizmente, es publicada con las modificaciones pertinentes tras considerar las observaciones hechas por el tribunal que la juzgó y las circunstancias, gravísimas, que han sobrevenido a la misma. Por circunstancias felices, pero que no vienen al caso, he sido el director de la investigación de López Cabrera que ahora ve la luz como libro.

Las páginas de *El estatuto jurídico-constitucional de las misiones militares* son el fruto aquilatado del esfuerzo y constancia de su autor, Samuel López Cabrera, quien en septiembre de 2019 decidió emprender el camino del Doctorado en Derecho en la Universidad de Alicante, coronado en julio de 2022. No fue un camino fácil, pues a las exigencias inherentes del programa académico, se añadieron las familiares y profesionales que, de modo no planificado, ayudaron al éxito de la misión. Su pasión por el Derecho, hizo que lejos de ser un obstáculo fueran concausa del éxito final de la investigación.

A la condición de Guardia Civil y de Letrado habilitado de la Abogacía del Estado del autor, se añadía una inclinación natural hacia el Derecho Constitucional y su relación con el ámbito castrense que marcaría el camino hacia la presente obra. Esa inclinación por la teoría sumada a su vivencia del mundo militar, tanto en la vida de la propia institución como en el foro judicial, ha ofrecido al autor una visión extraordinariamente poliédrica que ha enriquecido su investigación.

Diversos fueron los estudios, en los albores de nuestra Constitución, que trataron las misiones atribuidas por el artículo 8 de la Carta Magna a las Fuerzas Armadas. Y diversos han sido los trabajos que durante los últimos años han esbozado la participación del instituto militar en misiones internacionales, pero tanto el público jurídico en general como los investigadores especializados han prestado muy poca atención, cuando no dejado de lado, otra serie de misiones que atesoran una sólida base legal, pero cuyo fundamento constitucional plantea problemas. Por este motivo, el autor consideró que realizar un estudio omnicompreensivo del marco jurídico de las misiones militares, su encaje constitucional y la adaptación legal a los distintos contextos de seguridad, presentaba un elevado interés científico digno de

ser investigado. De tal modo, se conformó el plan de investigación de la tesis doctoral titulada: *Análisis jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas españolas: de la guerra a la seguridad*, dirigida por quien suscribe, y cuya defensa pública tuvo lugar el 1 de julio de 2022, obteniendo la calificación de sobresaliente *cum laude*.

Desde el primer momento, animé a Samuel a la publicación de lo que considero un estudio jurídico riguroso e innovador sobre el ámbito de la Defensa española. Pero este trabajo no es sólo eso. Los acontecimientos producidos en Ucrania después del 24 de febrero de 2022 han dado a esta investigación un interés suplementario a la vista de la, cada vez mayor, «implicación» de España en esa guerra, tanto en el marco OTAN, como en el de la UE, como en el puramente unilateral. Por eso, considero que esta publicación es especialmente necesaria ahora que España, la Unión Europea y la OTAN se han «implicado» en la guerra de Ucrania. Digamos que están «implicadas» para no utilizar los brutales términos con los que la ministra alemana de Asuntos Exteriores, Annalena Baerbock, calificó, ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 24 de enero de 2023, la intervención de Alemania y otros países europeos en la guerra de Ucrania¹.

Cualquiera habría esperado que una obra como esta contara con el apoyo entusiasta del Ministerio de Defensa para su publicación. Lo normal es que toda obra sobre materia militar que ha sido valorada como meritoria en un tribunal doctoral cuente con el apoyo del Ministerio de Defensa para su publicación y difusión. A tal efecto, tras su adaptación a las normas de publicación de este Ministerio, la obra fue remitida en octubre de 2022 al Servicio de Publicaciones, que informó favorablemente su publicación, y donde no faltaron elogios académicos y técnicos a la misma.

Pero en enero de 2023, después, insisto, de haber sido informada favorablemente por el Servicio de publicaciones del Ministerio de Defensa llegó la «sorpresa», que creo que es de interés público y por lo que me siento en el deber de hacerla constar aquí. Es entonces, cuando por medio de una llamada telefónica, sin atreverse a hacerlo constar por escrito, se comunicó al autor que finalmente la obra no sería publicada por el Ministerio. ¿El motivo? Una supuesta cuestión política. El Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa, a la sazón General Consejero Togado, rechazaba publicar la obra porque, entre otras argumentaciones y análisis contenidos en la investigación, el trabajo concluye la inconstitucionalidad de los estados de alarma declarados con ocasión del Covid-19. Inconstitucionalidad, recordemos, declarada previamente por el máximo intérprete constitucional en sus SSTC 148/2021 y 183/2021, pero que parece, el poder político prefiere ocultar o cuanto menos, no recordar al ciudadano o a sí mismo.

1 «We are fighting a war against Russia», sitio web: <https://pace.coe.int/pdf/604611ebb9e99fe9cb985dee4527efe8ddaaaf3d3540c26245e22ec72aa7fc3d/verbatim.pdf>, [consultado el 28/02/2023].

Como Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela que he dedicado mi vida profesional a la docencia y la investigación, me veo en la obligación de recordar públicamente que los objetivos primarios de la Academia son la búsqueda de la verdad, el análisis y la discusión científica, aspectos que no pueden ni deben supeditarse a intereses políticos o, peor aún, si cabe, personales. Se trata de un hecho que deseo, aunque con poca esperanza, no tenga que volver a lamentarse en perjuicio de nadie, porque dilapida los elementos más básicos de acceso al conocimiento en una sociedad democrática.

La torpe y sectaria decisión del Ministerio de Defensa no ha conseguido el objetivo deseado pues la investigación se ha publicado gracias a la editorial, veterana, pero renovada con fuerza, Colex, que ha demostrado así su compromiso con la investigación. El trabajo se corresponde sustancialmente con el contenido de la tesis doctoral, si bien, adaptada al formato monográfico e incorporando las debidas actualizaciones, así como algunos consejos del propio tribunal calificador. Y, por supuesto, sin eludir las ineludibles, y necesarias, referencias a la guerra de Ucrania y sus implicaciones jurídicas que el autor ha integrado, con acierto, en este libro.

El libro ofrece una panorámica jurídica global de las misiones de las Fuerzas Armadas de manera certera, pero también imprescindible para comprender de dónde viene y hacia dónde se dirige la participación del instituto militar ante las necesidades, acuciantes en términos de seguridad, de la sociedad actual. Es importante observar el papel que juega la Constitución Española como nexo transmisor entre las misiones clásicas de guerra y orden público atribuidas al Ejército preconstitucional, y su papel instrumental hacia un catálogo de misiones que excede el propio contenido constitucional, para adentrarse en el ámbito de la Seguridad Nacional. En definitiva, una obra que no dejará indiferente a nadie porque trata, sin ambages, aspectos jurídicos controvertidos como la participación de las Fuerzas Armadas en materia de seguridad ciudadana, su adaptación a los distintos contextos de normalidad y excepcionalidad democrática, o sus cometidos en el marco de la inteligencia artificial, automatización y robótica, entre otros aspectos.

No son pocas las obras sobre el estatuto jurídico de nuestras Fuerzas Armadas. Algunas excelentes y el autor las ha utilizado con provecho. Pero hay una serie de nuevas situaciones que no tuvieron tratamiento (o lo tuvieron insuficiente) en esas obras. Por eso me atrevo a afirmar que la obra de Samuel López Cabrera se convierte, desde ya, en un referente, inexcusable, en todo estudio jurídico-constitucional sobre nuestras Fuerzas Armadas

Carlos Ruiz Miguel

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Santiago de Compostela*

ABSTRACT

El marco jurídico de intervención del instituto militar se ha sustentado tradicionalmente por dos misiones fundamentales; la guerra, y su participación en la conservación del orden público, complementando unas veces y sustituyendo otras, a sucesivos cuerpos policiales carentes de la especialización, organización e independencia necesarias.

La aprobación de la CE 1978 supone un cambio de paradigma, asignando a las Fuerzas Armadas unas misiones de naturaleza defensiva en su art. 8.1 que posibilitan su disgregación del ámbito de la seguridad pública, ahora bajo competencia exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts.104.1 y 149.1.29). No obstante, la desmilitarización de la seguridad pública resulta parcial, permaneciendo la Guardia Civil como cuerpo policial de naturaleza militar ajeno a la estructura de las Fuerzas Armadas, si bien conservando latentes ciertas misiones de naturaleza eminentemente militar para determinados supuestos legales.

El desarrollo legislativo post-constitucional encomienda a las Fuerzas Armadas una tipología de misiones que exceden las meramente defensivas y que hemos catalogado como «propias» e «impropias». Entenderemos por propias, aquellas típicamente derivadas de la aplicación de la LODN y las ejercidas con motivo de la vigencia del estado de sitio, mientras que serán impropias, las realizadas en colaboración con las FCS en el ámbito de la seguridad pública y con ocasión de los estados de alarma y excepción.

La evolución en la complejidad de los conflictos y el desarrollo del ordenamiento interno e internacional, propician el abandono del concepto jurídico «guerra», dejando paso al conflicto armado y a las situaciones de crisis. La participación de las Fuerzas Armadas en este medio se erige en instrumento estabilizador frente a las amenazas y desafíos derivados de un concepto amplio y multidisciplinar de la seguridad, la Seguridad Nacional.

INTRODUCCIÓN

1. Objeto de la investigación

Nuestras Fuerzas Armadas tienen como razón de ser cumplir la misión protectora de los mayores intereses públicos del Estado, bienes jurídicos que sustentan nuestra base constitucional y posibilitan una convivencia social pacífica. Para ello, participan en multitud de escenarios de manera cotidiana, tanto en el ámbito nacional como internacional, conscientes de que garantizar la seguridad de nuestra Nación se encuentra estrechamente vinculada no solo a tareas internas, sino a la contribución de una seguridad global en un entorno de amenazas y riesgos compartidos.

La presente investigación constituye un análisis del estatuto jurídico de la participación de nuestras Fuerzas Armadas en los diferentes contextos de seguridad, esto es, una exposición omnicomprendensiva de lo que denominamos «misiones» del instituto militar. Estas misiones parten del texto constitucional, siendo objeto de desarrollo a través de diversos instrumentos legislativos en el marco del planeamiento militar de la Defensa Nacional española. El trabajo pretende ofrecer una panorámica evolutiva de las misiones militares que abarque desde la misión clásica por excelencia, «la guerra», y culmine con su contribución a una concepción amplia de la seguridad, «la Seguridad Nacional». Este camino permitirá desgranar la fundamentación jurídica de un catálogo de misiones militares que nos ayudará a comprender la relevancia de esta institución.

Comenzaremos nuestro estudio desde una perspectiva histórica, de manera que podamos abordar estas misiones durante el íter constitucional previo a la Constitución de 1978, permitiendo distinguir dos misiones fundamentales de nuestro Ejército, tal y como se conceptúa en los textos legales preconstitucionales. Por un lado, la «**guerra tradicional**», compuesta por la vertiente internacional cuando se desarrolla entre dos o más Estados, o la que puede tener lugar en el ámbito interno con motivo de hechos insurreccionales y otros tipos de movimientos civiles o militares contra el poder establecido. Por otro lado, encontramos la asignación de misiones al instituto militar para la conservación y mantenimiento del «**orden público**», en paralelo a las competencias atribuidas a cuerpos policiales específicamente concebidos para dicha finalidad.

La participación del instituto militar en el orden público trae causa en la escasa eficacia de las fuerzas policiales para controlar distintos fenómenos de orden público en un periodo extremadamente convulso, acentuada por la aplicación constante del derecho de excepción a través de distintos resortes jurídicos que convierten al Ejército en el verdadero protagonista del mantenimiento de la paz social durante este periodo. En consecuencia, trataremos la relación jurídica entre las acciones del Ejército y la limitación o suspensión de derechos introducida en los textos constitucionales y su legislación complementaria, cuyo origen reside en la voluntad política vigente. Especial importancia adquiere la militarización de la organización policial, que permite la creación del cuerpo de la Guardia Civil en 1844, instituyendo una fuerza militar integrada orgánicamente en el Ejército, pero destinada al mantenimiento del orden público con una eficacia contrastada. Este instituto presenta una dependencia orgánica dual, cubriendo las deficiencias de especialización y de personal existentes en materia policial.

El ordenamiento jurídico preconstitucional nos permitirá comprender con mayor profundidad la importancia de nuestra CE 1978, que implica un cambio de paradigma en la seguridad y en la concepción de las misiones de las ahora denominadas «Fuerzas Armadas». Analizaremos las misiones que podemos denominar como **«estrictamente constitucionales»** y que comprenden la noción genérica de Defensa Nacional, concretada en el contenido del art. 8.1 de la Constitución: garantizar la soberanía e independencia nacional, su defensa territorial y del ordenamiento constitucional.

Estudiaremos las funciones diferenciadas que nuestra Carta Magna asigna a las Fuerzas Armadas, y que deposita en tres órganos constitucionales:

- a) el Gobierno, en su calidad directiva de la Administración militar y de la defensa del Estado con razón en el art. 97 CE;
- b) las Cortes Generales, mediante el ejercicio de control al Ejecutivo, derivado de los arts. 66.2 y 108 CE principalmente. Esta función se concreta al prestar su autorización para una ulterior declaración de guerra o de paz, así como para permitir contraer obligaciones internacionales al Estado de tipo político o militar, según los arts. 63.3 y 94.1 a) y b) CE, respectivamente. La contracción de obligaciones internacionales por parte de España nos conducirá al tratamiento jurídico de los conflictos armados, mediante el análisis de los Convenios de Ginebra de 1949, sus protocolos y otros acuerdos vinculantes, que diseñan el marco jurídico de actuación de nuestras Fuerzas Armadas al respecto, vislumbrándose un abandono del concepto jurídico de guerra que continuará hasta nuestros días;
- c) finalmente el Rey, que representa la cúspide integradora del sistema constitucional, asume el mando supremo de las Fuerzas Armadas en virtud del art. 62 h) CE y el perfeccionamiento de las declaraciones de guerra o paz autorizadas por las Cortes Generales según el art. 63.3 CE.

Comprobaremos que la norma suprema establece un cambio en el modelo policial que transiciona desde la noción de orden público a la de seguridad ciudadana, inserta en el art. 104.1, dentro del ámbito superior de la seguridad pública. Ello permite diferenciar, al menos *a priori*, las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el ámbito de la Defensa Nacional, mientras que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ocuparán el espacio competencial otorgado por la seguridad pública proclamada en el art. 149.1.29 CE. A su vez, el sistema propicia una desmilitarización parcial de la seguridad pública, conservando a la Guardia Civil como instituto militar con funciones policiales, desagregado orgánicamente de las Fuerzas Armadas y con una dependencia híbrida de Interior y Defensa, que conserva latente su involucración en las misiones defensivas.

Al margen de las misiones de naturaleza bélico-defensiva de nuestras Fuerzas Armadas, el desarrollo legislativo y la asunción de compromisos en el seno de organizaciones internacionales, nos ha llevado a establecer un tipo de misiones que exceden el contenido del art. 8.1 CE y que designaremos como «**propias**». La propiedad de las mismas reside, de un lado, en la aplicación de la LODN en cumplimiento del art. 8.2 CE, y de otro, en la aplicación de la LOAES en concordancia al art. 116.4 CE.

Las primeras, consisten en la participación de las Fuerzas Armadas en misiones internacionales en tiempo de paz. En este sentido, necesitaremos analizar la adecuación jurídica de estas misiones a nuestro texto constitucional, así como determinar la tipología de las mismas, desenvueltas en un entorno multidisciplinar de «gestión de crisis». Prestaremos especial atención a la intervención armada por razones de Humanidad, cuya juridicidad pondrá en tela de juicio la exceptuación de los principios de prohibición de uso de la fuerza y de intervención en asuntos de terceros Estados, en favor de la salvaguardia de bienes jurídicos superiores. Al respecto, las Reglas de Enfrentamiento (ROE) constituyen un parámetro esencial de legalidad en el empleo de la fuerza en el curso de cualquier intervención armada.

Por otro lado, las segundas, obedecen a la intervención de las Fuerzas Armadas durante la vigencia del estado de sitio como último mecanismo protector de la Constitución y de supervivencia del Estado, consagrado en el art. 116.4 CE y en la LOAES. La propiedad de esta misión se encuentra fundamentada en la preponderancia que adquiere el poder militar sobre el civil, basada en una atribución exorbitante de facultades al Gobierno que emplea a la institución militar como instrumento de *última ratio* de excepcionalidad. En este sentido, resulta obligado desgranar la naturaleza legislativa de los bandos militares, sus implicaciones y el impacto que se cierne sobre los derechos fundamentales consagrados en nuestro texto constitucional.

En otro orden, nuestro ordenamiento encabezado por la LODN, configura la posibilidad de participación de las Fuerzas Armadas en el ámbito de la seguridad pública mediante su empleo cooperativo o complementario a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en lo que denominaremos «**misiones**

impropias». Este tipo de misiones las vamos a diferenciar por medio de dos ámbitos concretos:

- a) situaciones de normalidad democrática, representadas en la prestación de servicios en materia seguridad ciudadana, protección civil, terrorismo, represión del tráfico internacional de drogas e inmigración, entre otras;
- b) situaciones de excepcionalidad democrática, articulando la colaboración militar prevista para crisis de seguridad o alteraciones graves de la normalidad durante la vigencia de los estados de excepción y alarma contenidos en los arts. 116.3 y 2 CE, que determinará el estudio de los derechos fundamentales implicados y la juridicidad de su empleo.

Nuestro análisis culmina con una investigación doctrinal de las situaciones de crisis, así como de las amenazas y riesgos emergentes que tienen lugar en un entorno multidisciplinar y complejo que configura una nueva noción de seguridad denominada Seguridad Nacional, la cual merece un análisis de derecho comparado diferenciado en atención a la doctrina precursora estadounidense.

Examinaremos las implicaciones que en estas misiones «**securitarias**» de las Fuerzas Armadas tiene la aprobación de la LSN y los documentos de planeamiento de la defensa, incidiendo en los nuevos ámbitos de participación militar entre los que se encuentran la contrainteligencia, la protección de infraestructuras críticas, o la no proliferación de armas de destrucción masiva. Los avances científicos y tecnológicos nos acercarán a una tipología de misiones vanguardistas que nos permitirán esbozar otras relaciones jurídicas, residenciadas en las operaciones de ciberdefensa, inteligencia artificial y el aeroespacio.

2. Justificación

Las Fuerzas Armadas españolas son una institución todavía desconocida por gran parte de la sociedad contemporánea al texto constitucional. Esta circunstancia no obedece a una escasa relevancia en el seno de la Administración Pública o a la carente repercusión de sus misiones en los ciudadanos, se trata simplemente de que los ciudadanos no pueden valorar ni sentir identificación respecto a bienes públicos que se encuentran fuera de su medio de interacción.

La CE 1978 sucedió a un periodo autoritario en que la institución militar gozó de una fuerte presencia en el poder público, aspecto que, al margen de consideraciones políticas ajenas a esta investigación, enraizó el conocimiento militar en la ciudadanía. Sin embargo, desde la aprobación de nuestra Carta Magna, el poder político ha mitigado enormemente la presencia militar en el espacio público general, fomentando en nuestra opinión, una identifica-

ción implícita entre Fuerzas Armadas y regímenes políticos previos, directamente proporcional al distanciamiento que ha percibido nuestra sociedad. Es cierto, no obstante, que en los últimos años se viene realizando un esfuerzo institucional en la exteriorización de la imagen militar concebida como un elemento de relevante valor constitucional y, en consecuencia, democrático.

El desconocimiento social existente respecto al instituto militar, lógicamente ha repercutido en el ámbito jurídico, siendo el Derecho Militar una disciplina poco popular, pero no por ello de menor relevancia. Y aquí reside la motivación fundamental de este trabajo, en mi deseo personal de presentar a las **Fuerzas Armadas como un valor**, una institución de especial importancia para todos los ciudadanos, en tanto participa de manera directa en nuestra seguridad y en la protección de bienes dignos de ser protegidos constitucionalmente. Para llevar a cabo su tarea, el ordenamiento asigna a las Fuerzas Armadas una serie de misiones de interés, no solo desde la perspectiva del planeamiento, sino desde el plano jurídico, de manera que podamos proyectar la arquitectura legal en que se basan sus intervenciones, advertir sus carencias y posibilidades de mejora.

CAPÍTULO I

LAS MISIONES DEL EJÉRCITO PRECONSTITUCIONAL: GUERRA Y ORDEN PÚBLICO

Parte I. Siglo XIX

1. Introducción a las misiones de guerra y orden público

Comenzaremos realizando una aproximación a la configuración de dos conceptos que, si bien estuvieron en constante evolución según el momento histórico, político y social, determinaron el ámbito de la seguridad en el siglo XIX por constituir el objeto de las misiones principales del Ejército. Nos referimos a la guerra en sentido clásico, por un lado, y a la conservación del orden público, por otro. Es necesario advertir que este capítulo se centra en analizar el marco jurídico de las misiones asignadas a la institución militar en dicho periodo, por lo que haremos referencia a ciertas circunstancias históricas contemporáneas a la materia de estudio, desestimando un estudio meta jurídico pormenorizado por exceder el objeto de la investigación.

La Real Academia Española de la Lengua (RAE) define el concepto «guerra» como «lucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación»¹, constituyendo esta la misión tradicional del Ejército durante el siglo XIX, observándose sus acciones en dos vertientes diferenciadas:

A) Para la resolución de conflictos bélicos clásicos entre los distintos Estados en el plano internacional. Desde una perspectiva militar ofensiva, la intervención del Ejército español constituye un hecho frecuente a través de diferentes alianzas que dieron lugar a acciones contra Francia (1810), Portugal

1 Real Academia Española de la Lengua, Diccionario de la Lengua Española, 23.ª edición, sitio web: <https://dle.rae.es>, [consultado el 11/11/2019].

(1801 y 1807) y Marruecos (1859). Las mismas obedecen, principalmente, a la cercanía de sus fronteras y las consecuencias del eje napoleónico, sin olvidar sendas campañas contra el propio Napoleón. Sin embargo, no se agotan las guerras en el entorno geográficamente más cercano, también tiene lugar la incursión española en Etruria (1806), Dinamarca (1807 y 1848), o Cochinchina (1859), amén de diversos procesos de independencia como Santo Domingo (1863), Colombia (1811) y México (1829), entre otros². El estatuto jurídico de la guerra en este periodo se encuentra determinado por los siguientes factores:

- a.1) las diferentes alianzas político-militares entre Estados;
- a.2) las declaraciones de guerra y paz;
- a.3) los ordenamientos jurídicos internos, que comprenden la promulgación de Constituciones, disposiciones nacionales reguladoras del Ejército a nivel terrestre y de la Armada, y por el principio de libertad jurídica *ius ad bellum*³ como manifestación de la soberanía estatal.

Dichas normas y acciones se sujetan únicamente a la «vigilancia» del Derecho Internacional a través de la Declaración de Derecho Marítimo de París (1856)⁴, las Conferencias de Paz de la Haya (1899 y 1907) y la Declaración de Derecho Marítimo de Londres (1909)⁵. Este bloque normativo constituye el límite conductor de las acciones bélicas de carácter internacional y comienza a surtir efectos jurídicos para España a partir de su aceptación en 1898 con ocasión de la guerra de Cuba. Al respecto, cobra especial relevancia jurídica el Tratado de Armisticio y Regularización de la Guerra, suscrito entre Colombia y España en 1820, por el que se reconoce al Estado colombiano como tal y supone el germen del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

2 Emilio DE DIEGO GARCÍA, «Intervenciones en el exterior» en *Historia Militar de España. Edad Contemporánea I. Siglo XIX* [Miguel ARTOLA, coord.], Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2015, pp. 320-389.

3 La locución «ius ad bellum» se refiere a la posibilidad de un Estado para emplear el uso de la fuerza armada contra otro en el marco del Derecho Internacional. Por otro lado, el «*ius ad bello*» hace referencia al marco jurídico de las acciones militares concretas, es decir, en el teatro de operaciones. Álex PLANA PALUZIE, «*Diferencia entre el ius ad bellum y el ius in bello*», 2018, sitio web: www.leyesyjurisprudencia.com, [consultado el 12/11/2019].

4 Los preceptos de la Declaración de Derecho Marítimo de París son los siguientes: «1. El corso está y queda abolido. 2. El pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, a excepción del contrabando de guerra. 3. La mercancía neutral, a excepción del contrabando de guerra, no puede ser apresada bajo el pabellón enemigo. 4. Los bloqueos, para obligar, deben ser efectivos, es decir, mantenidos por una fuerza suficiente para impedir realmente el acceso al litoral enemigo».

5 La Declaración de Derecho Marítimo de Londres de 1909 regula el bloqueo comercial en puertos enemigos (arts.1 a 21), la consideración del comercio de armas como contrabando de guerra (arts.22 a 44), así como la posibilidad de ataque armado contra buques neutrales que transporten recursos personales del enemigo (arts.48 a 54).

Dicho acuerdo internacional introduce conceptos consolidados tales como la guerra a muerte⁶, el respeto para los combatientes, o el establecimiento de unos procedimientos bélicos civilizados centrados en el cumplimiento de los objetivos meramente militares.

Por lo que se refiere al ámbito bélico defensivo, debemos mencionar el fenómeno de la guerra de guerrillas⁷. Surge a raíz de la invasión napoleónica de España (1808-1814) y consiste en una forma diferente de hacer la guerra, carente de batallas de gran consideración y cuyo objetivo se centra en debilitar al enemigo mediante el establecimiento de numerosos enfrentamientos dispersos por el territorio. Ello favorece el desgaste de tropas, en teoría superiores en recursos militares, método que aún hoy es empleado en ciertos conflictos armados e insurgentes⁸.

B) En la esfera interna⁹, se trata de aquellos hechos bélicos en los que, en principio, no intervienen otros Estados, y en los que adquiere un importante protagonismo el Ejército y las milicias nacionales¹⁰. Nos referimos a las insurrecciones acontecidas en la primera guerra carlista (1833-1840), segunda (1846-1849) y tercera (1872-1876), además de los Alzamientos carlistas (1855) y de San Carlos de la Rápita (1860).

Advertimos que el hecho insurreccional en España se debe, en parte, a la influencia francesa, que inicia en la conciencia social un concepto de violencia colectiva de carácter legítimo contra el poder establecido. Se aportan nociones como «contrarrevolución» y «guerra civil» en los panoramas nacionales del continente europeo¹¹, no solo durante el Antiguo Régimen,

6 Decreto de Simón Bolívar de 1813 en el que se dictamina dar muerte a los españoles y canarios que no participen de forma activa en la independencia de Venezuela.

7 La obra *Teoría del Partisano* describe el modo en que la guerrilla española se erigió punto de partida en la noción de guerra irregular frente a la invasión napoleónica, constituyendo un modelo de guerra altamente eficaz contra la noción de guerra y ejércitos regulares: «[...] el pueblo [...] chocó con un ejército regular moderno y bien organizado [...] se abrieron nuevos espacios de guerra, se desarrollaron nuevas nociones de beligerancia y surgió una nueva teoría de la guerra y la política.[...] El partisano español de la guerrilla española de 1808 fue el primero que se atrevió a luchar irregularmente contra los primeros ejércitos modernos e irregulares [...] la guerrilla española únicamente comenzó después de la derrota del ejército regular [español]». Carl SCHMITT, *Teoría del Partisano. Acotación al concepto de lo político*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, pp. 23-29; en el mismo sentido, Luis VILLAMARTÍN PULIDO, «Guerra irregular y guerra de guerrillas», *Military Review. Revista profesional del Ejército de EEUU*, Vol. LXIII, N.º 5, 2003, pp. 75-82.

8 Esta estrategia de combate suele dar paso en su último estadio al estado de guerra convencional, y otras veces, puede tener lugar de manera simultánea. Vid. la invasión de Rusia en Ucrania el 24 de febrero de 2022.

9 Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA y Jordi CANAL I MORELL, *Guerras Civiles. Una clave para entender la Europa de los siglos XIX y XX*, Ed. Casa de Velázquez, Madrid, 2012, pp. 7-24.

10 El Constitucionalismo del siglo XIX generalmente regula este tipo de adscripción miliciano a la institución militar de manera temporal como otro recurso de la defensa del Estado.

11 GONZÁLEZ CALLEJA Y CANAL I MORELL, *op. cit.*, pp. 39-58.

sino también en el periodo constitucional decimonónico. Asimismo, y en este orden competencial, el Ejército intervendrá con ocasión de las distintas declaraciones de estado de guerra o sitio que, a juicio del poder político o de la propia autoridad militar, resultaran pertinentes. El derecho excepcional del periodo será abordado de manera específica en epígrafes subsiguientes a fin de determinar el papel del instituto militar, los derechos afectados y sus conexiones.

En cuanto al orden público, podemos entenderlo como aquella situación de tranquilidad pública con ausencia de alteración de la normalidad, o como diría HAURIOU «el estado de hecho opuesto al estado de hecho que es el desorden. [...] una situación exterior de paz y tranquilidad públicas»¹². Este concepto ha sido objeto de desarrollo y evolución en función de las necesidades que cada sociedad, en un ámbito temporal concreto, haya querido trasladar a través de su ordenamiento jurídico. De esta manera, los poderes públicos establecen los parámetros legales que les permiten implementar las normas de carácter imperativo. Es por ello que la noción de orden público resulta notoriamente distinta, si comparamos el marco del Antiguo Régimen, que posteriormente dio paso al liberalismo introducido en el iter constitucional español.

El concepto de orden público en el Antiguo Régimen presenta una finalidad preferente, consistente en la salvaguarda de los derechos y privilegios sociales del clero y la nobleza, en detrimento de una garantía de tranquilidad pública para los ciudadanos por parte del Estado¹³. La ausencia de división de poderes y la rigidez en el control de los aspectos más elementales del Estado, favorece que no exista participación del ciudadano en la actividad pública y que los derechos de libertad e igualdad no constituyan valores fundamentales dignos de protección.

En consecuencia, esos derechos pueden ponerse en tela de juicio en favor del Estado a través de penas y medidas coercitivas de naturaleza discrecional por parte de la autoridad competente¹⁴. Conforme nos acercamos al fin de esta etapa, advertimos una norma que supondrá un salto cualitativo en cuanto al ámbito del orden público se refiere, la Pragmática Sanción, de 17 de abril de 1774. Esta disposición introduce términos como «sosiego público» o «tranquilidad pública», siendo identificada posteriormente por FERRER DEL RÍO como la primera ley de orden público en atención a su contenido y finalidad¹⁵.

12 Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de Droit administratif*, Ed. L. Larose et Forcel, París, 1983, pp.172-174.

13 Salvador IGLESIAS MACHADO, «La evolución del concepto de orden público a través de las Constituciones españolas hasta 1812», *Revista de Derecho de la UNED*, N.º 7, 2010, p. 380.

14 IGLESIAS MACHADO, *op. cit.*, p. 381.

15 Manuel BALLBÉ MALLOL, *Orden Público y militarismo en la España Constitucional (1812-1893)*, Ed. Alianza, Madrid, 1983, p. 26.

En 1766 se promulga la Real Cédula Criminal en la Justicia Ordinaria para Restablecer el Orden Público¹⁶, cuya inclusión del propio término «orden público» en su denominación ofrece una clara declaración de intenciones por parte del poder político. Aunque es cierto que todavía no se encuentran plenamente definidos su concepto, limitaciones o garantías. En general, se advierte poca difusión de la noción en el contexto sociopolítico, quedando en la práctica, la conservación del orden público al amparo de un ejercicio policial con excesiva concepción religiosa del bien estatal. El concepto comienza a utilizarse en contraposición al de «anarquía», concebido por la conciencia pública como la desestabilización de los cimientos estatales constituidos¹⁷. Las normas descritas encuentran su fundamento en los siguientes aspectos:

- a) la influencia recibida por parte de la doctrina francesa de principios del siglo XVIII, sirviendo como muestra la obra de DE LA MARE: *Traité de Police*, que se refiere a este fenómeno en su capítulo VI, Título IV, Libro I: «Etablissement de nouveaux Officiers auprès des Magistrats des provinces. *Distribution de ces Officiers dans les quartiers des Villes, pour y maintenir l'ordre public*»¹⁸;
- b) la concepción liberal del orden público recogida en el art. 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que afirma: «Nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso las religiosas, siempre y cuando su manifestación no altere el orden público establecido por la ley»¹⁹. El precepto debe entenderse en relación a lo estipulado en el art. 4²⁰ sobre la dimensión de la libertad individual, en tanto su ejercicio no puede suponer un perjuicio ajeno. Se erige el orden público como garantía, pero también como límite del ejercicio de los derechos.

Con carácter previo a la CE 1812, el Estatuto de Bayona de 1808 supone la primera norma de cierto carácter constitucional vigente en España. No puede considerarse como una Constitución en sentido técnico, en tanto se trata de

16 España, Biblioteca Regional de Madrid, Real Cédula Criminal en la Justicia Ordinaria para Restablecer el Orden Público, 1766, sitio web: www.bibliotecavirtualmadrid.org/, [consultado el 20/11/2019].

17 François GODICHEAU, «Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional», *Revista Ariadna Histórica, Lenguajes, Conceptos, Metáforas*, N°2, 2013, pp.107-130.

18 Nicolas DE LA MARE, *Traité de Police*, Ed. BNF Gallica, París, 1719, p. 36.

19 Francia, Conseil Constitutionnel, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789, sitio web: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es>, [consultado el 12/11/2019].

20 Art.4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley».

EL ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS MISIONES MILITARES

Tradicionalmente, la conciencia social ha relacionado las misiones militares con la participación castrense en acciones de naturaleza bélica y el mantenimiento del orden público preconstitucional. Sin embargo, la Constitución de 1978 y su posterior desarrollo legislativo, han posibilitado un cambio de paradigma en la conceptualización de los cometidos de las Fuerzas Armadas.

A las misiones incluidas en el concepto de Defensa Nacional del art. 8.1 CE, se adicionan otras consideradas «propias» e «impropias» en función de la sustantividad de las mismas y su modalidad de intervención. Se trata de una serie de misiones que exceden la previsión constitucional para adentrarse en las denominadas situaciones de crisis, abriendo el camino a la participación militar en tiempo de paz y en el ámbito de la seguridad pública.

Finalmente, la complejidad de los contextos de seguridad y su perspectiva multidisciplinar, sitúan al instituto militar en un concepto de seguridad amplio, denominado Seguridad Nacional, que permite desplegar una tipología de misiones vanguardistas en ámbitos como la ciberdefensa, la inteligencia artificial o el ultraespacio, entre otras.



SAMUEL LÓPEZ CABRERA

Samuel López Cabrera nació el 24 de abril de 1985 en Elche (Alicante), en el seno de una familia de raíces jienenses. En 2008 ingresó en el cuerpo de la Guardia Civil y, actualmente, compatibiliza sus funciones policiales con su condición de Letrado habilitado de la Abogacía del Estado para la defensa judicial de los intereses del instituto armado.

Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad de Alicante y miembro de la Asociación de Constitucionalistas de España, es autor de varias publicaciones científicas relacionadas con el Derecho Constitucional y el Derecho Militar.

PVP: 40,00 €

ISBN: 978-84-1359-870-3



9 788413 598703