



# ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA POSICIÓN ESPAÑOLA EN LA II GUERRA DE IRAQ

Carlos RUIZ MIGUEL

## SUMARIO:

I. GUERRA Y POLÍTICA.— II. LA GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LAS CONVENCIONES DE GINEBRA Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.— III. LAS CONDICIONES DE LICITUD DE LA GUERRA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.— IV. CALIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN ESPAÑOLA EN LA GUERRA DE IRAQ DE 2003.

## I. GUERRA Y POLÍTICA

El análisis jurídico-constitucional sobre la posición española en la guerra de Iraq presupone el deslinde entre la política (y, concretamente, la política exterior) y la guerra, puesto que el régimen constitucional de la primera (art. 97 CE) y de la segunda (art. 63.3 CE) es diverso. La tesis de la que partimos es la de que la guerra no es una actividad “autónoma”<sup>1</sup>, sino que es sustancialmente política, más concretamente, es la continuación de la actividad política, su ejecución, por otros medios tal y como expuso claramente en su día Clausewitz<sup>2</sup>. La cuestión, por tanto, es qué “medios” hacen que una actividad “política” pase a ser “bélica”. Por tanto, ¿cuándo esa actividad política puede calificarse de guerra? ¿cuales son esos “otros medios” que hacen que una actividad política pase a ser calificada como

1. “Wir sehen also *erstens*: daß wir uns den Krieg unter allen Umständen als kein *selbständiges Ding*, sondern als ein politisches Instrument zu denken haben”, Carl von CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*, 1834. <http://www.clausewitz.com/CWZHOME/VomKriege/Book1.htm#1>

2. “So sehen wir also, daß der Krieg nicht bloß ein politischer Akt, sondern ein wahres politisches Instrument ist, eine Fortsetzung des politischen Verkehrs, ein Durchführen desselben mit anderen Mitteln”, Carl von CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*, 1834, <http://www.clausewitz.com/CWZHOME/VomKriege/Book1.htm#1>



“guerra”? Parece que lo específico de la guerra, de la actividad bélica es que en la misma se emplea la violencia con rompimiento de cualquier género de paz<sup>3</sup>, una violencia que debe ser física y no simplemente “moral”.

A partir de aquí se han introducido ya diversas cualificaciones en función del contexto en el que se produce esa relación violenta. Si la guerra es la continuación de la política por “otros medios”, la primera cualificación dependerá del tipo de política que se desarrolle. La política puede ser interior o exterior. Cuando la guerra es instrumento de la actividad política interior estamos ante la “guerra civil” y cuando lo que hay es un ejercicio de la política exterior estamos ante la guerra en sentido estricto. En el clásico Derecho Internacional Europeo, el *ius publicum europaeum*, la guerra era una guerra *interestatal*. La guerra civil abierta no era considerada “guerra”, sino una sublevación armada que se reprimía, no siguiendo el Derecho Internacional de la guerra, sino el Derecho interno del estado de sitio, a menos que se llegara a reconocer a los rebeldes como partido beligerante<sup>4</sup>.

Sea cual sea el alcance que tenga en la actualidad el concepto de “guerra” lo que no parece ofrecer dudas es que el conflicto de Iraq ha sido una guerra *interestatal*.

## II. LA GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LAS CONVENCIONES DE GINEBRA Y LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

II. 1. El Derecho Internacional clásico sobre la guerra, es decir, el *ius in bello*, se halla compilado esencialmente en la “Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre” de La Haya de 18 de octubre de 1907, que comprende el “Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre”. Esta ordenación de La Haya de 1907 se complementó con los cuatro convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 a los que se les han añadido en 1977 dos protocolos adicionales. El artículo 2 (común) de los cuatro convenios de Ginebra dispone que “el presente 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”. Esto significa que el *Ius belli* rige tanto para la “guerra declarada” cuanto para la no declarada, es decir “cualquier otro

3. José Luis FERNÁNDEZ-FLORES, *Del Derecho de la guerra*, Ed. Ejército, Madrid, 1982, p. 38-39.

4. Carl SCHMITT, *Teoría del partisano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 20.



conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes”. En consecuencia, el Derecho Internacional admite como lícita la posibilidad de iniciar una guerra sin declaración de guerra.

II. 2. La Carta de las Naciones Unidas (CNU), de 26 de junio de 1945, por su parte, establece entre los propósitos fundamentales de la Organización de las Naciones Unidas el de “mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”. Ahora bien, esto no significa que se prohíba totalmente cualquier guerra. Existen dos supuestos en los que está expresamente prevista la licitud de la guerra: la legítima defensa y la declaración por el Consejo de Seguridad<sup>5</sup>. El primer supuesto está previsto en el art. 51 de la Carta que dispone que: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. El segundo supuesto se contempla en el art. 42 en virtud del cual el Consejo de Seguridad “podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. Nada en la CNU establece que la legítima defensa deba ejercitarse previa “declaración” de guerra. Ahora bien, en el otro supuesto, la “declaración” se debe entender ya comprendida en la resolución del Consejo de Seguridad que autorice el uso de la fuerza.

II. 3. En consecuencia, la “declaración” de guerra no es un requisito imprescindible para la licitud internacional de la guerra ni en el Derecho Internacional general ni en el propio de la ONU.

5. Dejamos deliberadamente al margen la cuestión de si, además de en estos dos supuestos expresamente previstos, la guerra puede ser lícita en otros casos.



### III. LAS CONDICIONES DE LICITUD DE LA GUERRA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Es sabido que la CE alude a la guerra en tres preceptos: el 15 (que admite la constitucionalidad de la pena de muerte para “tiempos de guerra”) el 63.3 (sobre el que nos detendremos más adelante) y el 169 (que no permite iniciar un procedimiento de reforma constitucional “en tiempo de guerra”). Estos preceptos nos obligan a plantear las siguientes preguntas. Primero: ¿es constitucionalmente lícita una situación de “tiempo de guerra” sin que haya mediado la correspondiente “declaración”? o, lo que es lo mismo, ¿es posible hacer la guerra sin previa “declaración”? Segundo: si la guerra ya estaba declarada por la ONU y España se quiere sumar a la misma ¿exime ello a las Cortes de declararla? ¿puede haber sido transferida a la ONU la competencia para declarar la guerra? Tercero: ¿es posible que la Constitución permita “declarar” una guerra fuera de los supuestos previstos en la Carta de las Naciones Unidas? Y, en cuarto lugar: el apoyar políticamente una declaración de guerra hecha por la ONU ¿es en sí mismo hacer la guerra?

III. 1. La primera cuestión es si es constitucionalmente lícita una situación de “tiempo de guerra” sin que haya mediado “declaración”. Este problema creo que se resuelve fácilmente. Como vimos, en el Derecho Internacional se admite la licitud de guerras no “declaradas”.

Esa licitud es indiscutible en el supuesto de ejercicio de la “legítima defensa”. En el Derecho Constitucional, parece razonable, ateniéndonos a una interpretación teleológica del art. 8.1 CE, pensar que una guerra defensiva como respuesta a una agresión externa no requeriría de ninguna “declaración” por parte de España. Si la “declaración” se exigiera también para responder a una agresión nos encontraríamos con el eventual esperpento de ver cómo el enemigo podría avanzar sobre España sin que el Ejército le repeliera hasta que las Cortes se reunieran, votaran favorablemente la declaración y el Rey asintiese a la misma. Habida cuenta de los medios técnicos actuales de los Ejércitos, una tal interpretación haría imposible cualquier defensa. Lo absurdo de esta tesis no puede sino conducir a afirmar que, al menos, la guerra de “legítima defensa” no requiere “declaración” alguna. No obstante, existen autores que estiman que en la legítima defensa si bien no se requiere “declaración” para responder inmediatamente a la agresión, sí que se debe solicitarla después de haber puesto en marcha la máquina bélica<sup>6</sup>.

6. Sostienen esta tesis Paz Andrés y Luis Ignacio Sánchez para quienes “en los supuestos de legítima defensa la reacción ha de ser inmediata, por lo que corres-



El problema de que el Gobierno lleve a cabo una guerra sin la preceptiva declaración (que corresponde a las Cortes Generales) quizás podría acabar por ser resuelto por el Tribunal Constitucional. No obstante, para esto existen notorias dificultades.

En primer lugar, el TC cerró la vía a la posibilidad de que este caso se presente por la vía de un recurso de amparo. En efecto, con ocasión de la guerra de Iraq de 2003 el grupo parlamentario de Izquierda Unida en el Congreso presentó un recurso de amparo contra la decisión del Congreso de plantear un conflicto constitucional frente al Gobierno por comprometerse en la guerra de Iraq. El TC inadmitió tal recurso porque los recurrentes carecían de legitimación pues ni los diputados individuales ni los grupos parlamentarios pueden plantear un conflicto de atribuciones entre el Congreso y el Gobierno<sup>7</sup>.

En segundo lugar, queda sin explorar la vía apuntada del conflicto de competencias entre órganos constitucionales (arts. 59 y 73-75 LOTC). El problema es que la declaración de guerra es una competencia de las “Cortes Generales” actuando conjuntamente. La LOTC no contempla el supuesto de que las “Cortes Generales” como tales puedan interponer un conflicto de competencias, pero como las “Cortes Generales están formadas por el Congreso de los Diputados y por el Senado” tal conflicto no podría ser interpuesto sólo por el Congreso o sólo por el Senado, sino que se exigiría una actuación mancomunada de ambos.

III. 2. La segunda cuestión planteada es si el hecho de que el Consejo de Seguridad de la ONU declare una guerra exime a España de declararla en el supuesto de que España se quiera sumar a la misma. Para plantear este asunto partimos de dos tesis. En primer lugar, que una acción bélica dispuesta por el Consejo de Seguridad es, efectivamente, una “guerra”<sup>8</sup>. En segundo lugar,

ponderá al Gobierno iniciar sin más dilación las acciones, aunque está obligado a tramitar la autorización de la declaración en las Cortes en el plazo más breve posible y a informar al Consejo de Seguridad” (vid. Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “¿Estamos en guerra?”, *El País*, 9-IV-2003, p. 20).

7. Providencia del Tribunal Constitucional de 13 de junio, 2003 (no publicada).

8. No compartimos la idea lanzada por Miguel Herrero de Miñón en 1991, según la cual una operación militar internacional autorizada expresamente por el Consejo de Seguridad basándose en el capítulo VII de la Carta no es jurídicamente un acto de guerra, sino una medida de policía internacional en el ámbito del mantenimiento de la paz (citado por ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “¿Estamos en guerra?”, cit. *supra*). Un acto tal es “guerra” y, como tal, está sometido al Derecho de la guerra de 1907 y 1949 en tanto en cuanto las operaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad se lleven a cabo entre Estados partes en dichos convenios. La calificación de estas acciones como “policía internacional” y no como “guerra” de tener un contenido sustantivo, y no ser una pura construcción sofisticada, debería llevar



que una tal guerra no es el ejercicio por España de su “legítima defensa” frente a una agresión.

Ante todo, debe indicarse que el hecho de que el Consejo de Seguridad declare la guerra a un Estado no obliga a España a intervenir bélicamente. Así se constató en la guerra del Golfo de 1991 y en su reanudación en 2003, momentos en los que las fuerzas armadas españolas *no* participaron en tareas de combate. El problema es otro, a saber, el de qué ocurre cuando España *sí* quiera participar con sus tropas en las tareas de combate. En tal supuesto, la guerra puede ser legal desde el punto de vista internacional, pero ¿lo sería también desde el punto de vista constitucional? En nuestra opinión, cualquier participación bélica española en una guerra acordada por el Consejo de Seguridad requeriría la correspondiente “declaración” de las Cortes de acuerdo con lo previsto en el art. 63.3 CE para que la misma fuese constitucionalmente válida.

III. 3. La tercera cuestión sería la inversa a la anterior, a saber, si la Constitución admitiría que el Estado Español “declarase” una guerra fuera de los supuestos previstos en la Carta de las Naciones Unidas.

Como se ha dicho, la “declaración” no es obligatoria en supuestos distintos de la “legítima defensa”. El problema sería si es lícita constitucionalmente la “declaración” de una guerra que no sea de “legítima defensa” y que no esté declarada por la ONU. Dos son, por tanto, las consideraciones pertinentes aquí.

Por una parte, a pesar de que en las relaciones internacionales existen ejemplos de guerras ofensivas (invasiones de Tíbet por China, Chipre por Turquía, Timor Este por Indonesia, el Sáhara Occidental por Marruecos, ...) cada vez es más habitual ver como una guerra aparentemente “ofensiva” es considerada como “defensiva” aun a título “preventivo” (ejemplo: la guerra de los Seis Días de 1967 o la Guerra de Afganistán de 2001). Esto nos conduciría a la cuestión de si está constitucionalmente permitida la legítima defensa “preventiva”. Coincido con la opinión según la cual “la defensa del Estado español no tiene por qué significar únicamente la estricta defensa y garantía de la integridad territorial española, sino también la defensa de diversos intereses estratégicos españoles, lo cual puede implicar acciones militares que no se desarrollen en el ámbito territorial del Estado”<sup>9</sup>. Ahora bien, aun consi-

aparejada la exención de las leyes de la guerra, lo que no parece que pueda defenderse. Por lo demás, la noción de “policía” difícilmente puede adjetivarse como “internacional” pues pertenece al propio concepto de “policía” como distintivo de “Ejército” el mantenimiento de la seguridad “interior”.

9. Lorenzo COTINO HUESO, *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, CEPC, Madrid, 2002, p. 134.



derando constitucionalmente lícitas las guerras de defensa en sentido amplio no por ello dejo de estimar necesaria una “declaración” para emprender las mismas.

Por otra parte puede darse el caso de que una guerra sea lícita constitucionalmente pero no internacionalmente. Desde el punto de vista normativo, la ilicitud internacional no es óbice a la licitud constitucional en tanto en cuanto la Constitución es la norma suprema del ordenamiento. Asunto distinto, aunque no por ello baladí, es el de que no toda medida constitucionalmente lícita sea *políticamente* conveniente, sobre todo si puede acarrear sanciones de otros Estados o de una organización internacional. Pero esas medidas internacionales no impiden, en ningún momento, la regularidad formal de la “declaración de guerra” desde un punto de vista constitucional. En efecto, como ha sido oportunamente recordado, en 1999 el grupo parlamentario de Izquierda Unida presentó una proposición de ley para modificar la LO 6/1980, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. Tal proposición pretendía vincular la actuación de las Fuerzas Armadas españolas al Derecho Internacional, de suerte que sólo pudieran actuar “frente a la agresión de otro Estado en los términos de la Resolución de las Naciones Unidas número 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, de definición de la agresión”. Sin embargo, dicha proposición caducó<sup>10</sup>.

III. 4. Finalmente, debemos referirnos al problema de si el apoyo político a una declaración de guerra hecha por la ONU equivale a declarar o hacer la guerra. Esta cuestión suscita a su vez varios interrogantes.

Por un lado, se encontraría el supuesto en el que España no tuviese que votar en el Consejo de Seguridad. Aquí no creo que haya duda ninguna. El apoyo político (por tanto, no bélico) a esa declaración de guerra hecha por el Consejo de Seguridad no equivale ni a una declaración de guerra por parte de España ni a una acción bélica (pues un apoyo político no implica el uso de la fuerza ni la violencia).

Por otro lado, habría que examinar el caso de que España (como sucede actualmente) forme parte del Consejo de Seguridad. En tal situación, el “apoyo político” a una declaración de guerra hecha por este órgano se puede entender de dos maneras: bien como un voto favorable a la eventual resolución que declare esa guerra, bien como una actuación política posterior a la resolución dirigida a brindar colaboración no bélica a quienes ponen en práctica la guerra autorizada por la resolución. En ninguna de ambas situaciones estimo que ese “apoyo político” equivalga a declarar o hacer la guerra.

10. Sobre esta cuestión, cfr. *ibid.*, p. 130 y 134.



Cuando España brinda colaboración (ceder el espacio aéreo o bases militares) a quienes están haciendo la guerra a otro Estado amparados en una declaración del Consejo de Seguridad no está empleando la violencia física contra ningún Estado. La guerra, en este sentido, exige una participación activa en el uso de los medios violentos.

Cuando España vota favorablemente a favor de una resolución por la que la ONU declara la guerra a un Estado, no por ello España declara la guerra a ese Estado, pues es perfectamente posible que a pesar de ese voto favorable España no envíe fuerza armada alguna a combatir contra el Estado apuntado por esa declaración del Consejo de Seguridad. La prueba de ello es que, concluida la guerra (como la de Iraq de 2003) España no ha tenido que firmar ninguna paz con Iraq. En consecuencia, estimo que el Gobierno que en el Consejo de Seguridad vote a favor de que la ONU declare la guerra a un Estado no incurre en el delito tipificado en el art. 588 del Código Penal<sup>11</sup> pues, como se ha dicho, con tal voto España no está declarando la guerra<sup>12</sup>.

#### IV. CALIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN ESPAÑOLA EN LA GUERRA DE IRAQ DE 2003

A la luz de las consideraciones anteriores podemos emitir un juicio constitucional acerca de la intervención española en la guerra de Iraq de 2003. Los datos son los siguientes.

*En primer lugar, la guerra de Iraq de 2003 se lleva a cabo alegando la violación por este país árabe de la resolución 1441 y las concordantes allí citadas<sup>13</sup>. Pues bien, España no formaba parte del Consejo de Seguridad ni*

11. Art. 588 CP: “Incurrirán en la pena de prisión de quince a veinte años los miembros del Gobierno que, sin cumplir con lo dispuesto en la Constitución declararan la guerra o firmaran la paz”.

12. Disiento, por tanto, de Mercedes GARCÍA ARÁN para quien “habría serios argumentos en favor de considerar que Aznar ha declarado la guerra (de Iraq de 2003) sin seguir lo dispuesto en la Constitución, delito sancionado por el artículo 588 del Código Penal, puesto que ha apoyado lo que materialmente es una declaración de guerra”. Disiento igualmente de otra tesis de GARCÍA ARÁN según la cual en el caso de la guerra de Iraq de 2003 el presidente AZNAR “ha dado motivo a una declaración de guerra contra España ... comportamiento sancionado por el artículo 590 del Código Penal” (declaraciones recogidas en *El País*, 8-IV-2003, p. 25). El art. 590 CP exige que los actos que den motivo a una declaración de guerra contra España sean “ilegales o no estén debidamente autorizados”. Aquí se argumenta que el voto favorable en el Consejo de Seguridad ni es ilegal ni exige autorización previa por las Cortes, por cuanto, repito, no suponía una declaración *por España* de guerra a Iraq.

13. He argumentado estas cuestiones en “¿Es jurídicamente necesaria una nueva resolución para atacar a Irak?”, en Rafael L. BARDAJÍ (ed.): *Irak, reflexiones sobre*





*cuando se votó la 1441 (que es del año 2002) ni cuando se votaron la resolución 678 (la que declara la guerra a Irak en 1990) y la resolución 687 (la que fija las condiciones del alto el fuego en 1991) a las que hace referencia continua la 1441.*

En segundo lugar, España, como miembro del Consejo de Seguridad a partir de enero de 2003, efectivamente, no vota ninguna resolución autorizando expresamente la guerra de Iraq de 2003, pues el incumplimiento de la 1441 votada en 2002 y declarada como “última oportunidad” se juzgaba como desencadenante de la guerra.

En tercer lugar, España en la cumbre de las Azores de abril de 2003 simplemente declara que Iraq incumplió la resolución 1441 tomando para ello como prueba las propias declaraciones de los inspectores enviados por Naciones Unidas a Iraq para supervisar el cumplimiento por este país de su obligación de destruir determinadas armas. La declaración de las Azores no puede ser considerada como una “declaración de guerra” porque lo único que hace es expresar públicamente un dato objetivo, a saber, que Iraq no cumplió la resolución 1441, y un dato jurídico, que tal incumplimiento ponía fin al alto el fuego o armisticio al incumplirse las condiciones establecidas para el mismo en la resolución 687. Las actuaciones y resoluciones subsiguientes del Consejo de Seguridad avalan esto. En efecto, no sólo el Consejo de Seguridad no declaró que la guerra emprendida por la coalición dirigida por USA (alegando el incumplimiento de las resoluciones onusianas) fuese ilegal, sino que después, en su resolución 1483 avaló la presencia norteamericana en Iraq tras la derrota del Ejército de este país.

En cuarto lugar, en la guerra de Iraq de 2003 España no envió unidades de combate y, por tanto, no utilizó medios violentos contra Iraq. Lo que sí hizo España fue apoyar políticamente y logísticamente a quienes sí utilizaron medios violentos contra ese país. Pero en ningún momento España hizo uso de la fuerza y, por tanto, en ningún momento España entró en guerra<sup>14</sup>.

A la luz de todos estos datos, cabe concluir, en primer lugar, que la posición de España en la guerra de Iraq de 2003, desde un punto de vista jurídico-constitucional, era de potencia no beligerante. En consecuencia el gobierno español no vulneró ninguno de los preceptos constitucionales relativos a la guerra y, en particular, el art. 63.3 CE. Además, en segundo lugar, debe estimarse que la actuación del gobierno español no se salió del marco del ejercicio de la dirección de la “política exterior” que tiene conferida en virtud del art. 97 CE.

*una guerra*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2003, p. 147-155. Me remito a lo dicho en aquel lugar.

14. A esta conclusión llegan ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “¿Estamos en guerra?”, cit.

